J. rom. m. 397 h

Pfordten

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Abhandlungen

aus dem

# Pandekten-Rechte,

von

**Dr. Ludwig von der Pfordten,**
öffentl. ordentl. Professor des Civilrechtes zu Würzburg und Mitglied des Spruchcollegiums daselbst.

Erlangen,
Verlag von J. J. Palm und Ernst Enke.
1840.

128. D

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS.

# Vorwort.

Die Abhandlungen, welche ich hier dem juristischen Publikum vorlege, sind durch meine exegetischen und dogmatischen Vorlesungen entstanden. Die Motive für die Veröffentlichung derselben liegen in dem Gefühle der Pflicht des akademischen Lehrers, durch schriftstellerische Thätigkeit sein ernstes Streben vor einem reiferen Urtheile, als das der Zuhörer seyn kann, zu beweisen, und, so viel an ihm ist, zur Fortbildung der Wissenschaft beizutragen. Die Lösung dieser Aufgabe halte ich bei dem Civilrechte durch zwei Momente bedingt, durch eine möglichste Vertrautheit mit dem in den Quellen und der Literatur Gegebenen und Gewonnen, und durch die Fähigkeit und den Sinn, den so erhaltenen Stoff in sich zur wissenschaftlichen Einheit auszubilden. Von diesem doppelten Gesichtspunkte ließ ich mich daher bei der Wahl des Gegenstandes dieser Abhandlungen leiten. Von dem erstern gieng ich hauptsächlich bei der ersten und zweiten Abhandlung aus, welche ganz spezielle Lehren mit dem Streben nach möglichst vollständiger Beachtung der Quellen und Literatur enthalten. Bei den beiden übrigen dagegen

war es mir mehr um die Entwicklung durchgreifender Principien zu thun, wobei ein zu häufiges Anführen verschiedener Ansichten und weites Ausspinnen des Details mehr stört, als fördert; das Studium desselben muß natürlich auch hier vorausgegangen seyn, aber es muß sich in dem gewonnenen Resultate, nicht in der Darstellung kund geben.

Die Schrift von Liebe, die Stipulation und das einfache Versprechen, Braunschweig 1840, erhielt ich zu spät, um sie noch beachten zu können. Sie enthält übrigens nur einen Theil dessen, worauf sich die dritte Abhandlung bezieht, und dies in anderer Verbindung, so daß ich hoffe, meine Arbeit sey dadurch nicht bedeutungslos geworden, wenn sie es nicht etwa schon an sich war.

Würzburg, den 7. Julius 1840.

**Pfordten.**

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

# Erste Abhandlung.

## Ueber die Berechnung der quarta Falcidia, wenn ein und dieselbe Person mehrere Portionen derselben Erbschaft erhält.

Es ist ein anerkannter Rechtssatz, daß von mehrern neben einander wirklich eingetretenen Erben, sie mögen nun instituti oder substituti gewesen seyn, jeder sich die Quart aus seiner Portion berechnet, und an dem entsprechenden Abzuge nicht gehindert wird, wenn auch etwa die Portionen der Miterben ganz unbeschwert sind; in singulis heredibus ratio legis Falcidiae componenda est *a*). Wenn dagegen mehrere in der ersten Delation getrennte Portionen derselben Erbschaft sich in einer Person vereinigen, was bekanntlich aus sehr verschiedenen Gründen geschehen kann, so behalten die Gesetze bald die obige Regel bei, und lassen die Quart aus jeder Portion für sich berechnen, als ob sie wirklich verschiednen Erben zufielen, bald zwingen sie den Erben zur Vereinigung der mehrern Portionen, und Berechnung der Quart im Ganzen, als hätte von Anfang an keine Trennung statt gefunden. Die genauern Grundsätze dieser theoretisch und practisch gleich interessanten Lehre zu entwickeln, und auf bestimmte Principien zurückzuführen, soll hier versucht werden. Denn obgleich die Lehre von der Falcidischen Quart zu den bestbearbeiteten des Erbrechtes gehört, und

*a*) l. 77 D. ad leg. Falc. §. 1 J. eod. Voet ad Pand. h. t. §. 20. Donellus, comment. VIII, c. 23 §. 4. J. B. de Bernstorff, diss. inaug. de ratione legis Falcidiae in singulis hered. max. substitutis ponenda. Gott. 1754. 4. §. 9.

auch dieser Theil derselben mehrmals behandelt worden ist, so geschah es doch nirgends im ganzen Umfange, und nirgends ist ein Grundprincip gewonnen worden. Begreiflich ist dies bei den nur exegetischen Behandlungen der einschlägigen Gesetzesstellen, von welchen außer der Glosse vorzüglich zu nennen sind Cujacius *b*), A. Faber *c*) und Duarenus *d*). Aber auch von den systematischen Bearbeitungen gilt das Nämliche. Hieher gehören folgende:

1) Donellus, comment. jur. civ. lib. VIII. cap. 23 §. 3—14 mit einem Anhange, worin die l. 11 §. 5 u. 6 D. ad leg. Falc. exegesirt wird, in der Bucher'schen Ausgabe T. V. pag. 12—37.

2) Voet, ad Pandectas, h. t. §. 20—24.

3) Th. Papillonius, de substitutione pupillari, cap. VIII. in thes. Ott. IV, p. 745—750. Dieses Kapitel führt zwar nur die Ueberschrift de contributione legatorum utrisque tabulis relictorum, behandelt aber unsere Lehre allgemeiner.

4) J. de Carvalho, de una et altera quarta deducenda, vel non, legitima, Falcidia et Trebellianica. Col. Allobr. 1746. fol. — Pars. III. pag. 159 — 193. Diese sehr fleißige, und, obgleich in der breiten scholastischen Manier gehaltene, doch recht brauchbare Schrift ist zwar bei Lipenius genannt, sonst aber nirgends beachtet, weshalb es erlaubt seyn mag, hier ein paar Worte über sie zu sagen. Joannes de Carvalho war in der ersten Hälfte des 17ten Jahrhunderts extraordinarius magister s. Canonum zu Coimbra, und behandelt in die-

---

*b*) Obs. II, 32. III, 9. IV, 34—37. XV, 14, 15. XXV, 22. — Recit. ad Papin. ad l. 11 §. 5 sq. D. ad leg. Falc. T. IV. p. 701—718. — Tract. ad Afric. V. ad leg. 35 de substit. — ad Jul. Dig. ad l. 87 ad leg. Falc. T. VI. p. 404—44.

*c*) Conj. IV, 13. V, 1. XVIII, 14 u. 15.

*d*) Comm. ad leg. Falc. cap. VIII. §. 14—16 in Opp. p. 1239 — 1244.

sem im Jahre 1631 zuerst gedruckten Tractate das cap. Raynaldus de testamentis über den gleichzeitigen Abzug des Pflichttheils und der Falcidischen Quart. Der ganze Traktat zerfällt in vier Theile, wovon der erste den Inhalt des Capitulum mit sehr weitläufigen Excursen über eine Menge Lehren des Privatrechtes erläutert, der zweite und dritte die Fälle aufzählt, in welchen der Abzug der Falcidia nicht statt hat, und der vierte die Lehre vom Pflichttheil, seiner Berechnung, und der Einrechnung in die Falcidia und Trebellianica darstellt. In dem zweiten Theile werden die Fälle, in denen der Falcidische Abzug wegfällt, nach den vier Versen betrachtet, welche die Glosse ad Inst. et Cod. h. t. darüber aufstellt, und dann im dritten Theile gesagt, der Vollständigkeit wegen müsse, obgleich die Legisten einwenden könnten, daß hier fremde Erndte geschnitten werde, noch untersucht werden, wann die Falcidia wegen adcrescirender oder decrescirender Portion wegfalle oder statt habe, und nun folgt eine Entwicklung unserer Lehre in 118 §.§., welche die vollständigste ist, die wir haben.

5) Die schon citirte Dissertation von Bernstorff, welche sehr elegant gearbeitet ist, gibt im Wesentlichen auf 190 Quartseiten nicht mehr, als Cujacius und Papillonius, aus denen sie componirt ist.

6) Westphal, von Testamenten §. 706 u. 707 ist ganz unvollständig und dürftig.

7) Die neueste Behandlung der Lehre bei Roßhirt von den Vermächtnissen B. I. S. 531 — 538 konnte nach ihrer Stellung zum ganzen Buche nicht erschöpfend werden, und ist ebenfalls nur casuistisch.

Die Commentare von Gast, Ramos, Chifletius zu den Titeln de substitutionibus, sowie die Paralip. von Oteyza et Olano lib. IV, bei Otto und Meermann, von Donellus ad Cod. ad leg. Falc., von Duarenus de jure accrescendi enthalten nichts über unsere Lehre. Unzugänglich waren mir aber die Commentare von Goveanus und Voorda ad leg. Falcid., sowie

die Dissertationen von Hinze, Guelph. 1752. 4. und Kapff, Tüb. 1786. 4 — de detractione Falcidiae, portione gravata vel non gravata coheredi accrescente. Doch wollte ich mich dadurch von der Bekanntmachung des folgenden Versuches nicht abhalten lassen, weil Voorda, offenbar der Bedeutendste der Genannten, bei den von mir gelesenen Autoren oft genug citirt ist, und weil die reincasuistische Darstellung dieser Lehre in allen unsern neuesten Pandektenlehrbüchern das Bedürfniß einer neuen Bearbeitung zeigt.

## §. 1.

Zunächst müssen nun die verschiedenen denkbaren Berechnungsarten, und der Einfluß einer jeden auf den Erben und die Legatare genau untersucht werden. Es giebt deren aber drei; entweder werden beide Erbportionen vereinigt, oder sie werden getrennt gehalten, und zwar entweder so, daß der Erbe doch wenigstens den Ueberschuß der einen Portion in die Quart der andern sich einrechnen muß, oder so, daß er auch nicht einmal hiezu verpflichtet ist. Es ist ein gemeinschaftlicher Fehler der bisherigen Darstellungen dieser Lehre, daß sie die beiden ersten Berechnungsarten nicht unterscheiden, vielmehr das bloße Einrechnen des Ueberschusses einer Portion in die Quart der andern für identisch mit dem Vereinigen beider Portionen nehmen *e*). Die Folge davon ist eine ungenaue Auffassung der Gesetze, und die Unmöglichkeit, die Lehre auf bestimmte Grundsätze zurückzuführen.

Wenn beide Portionen vollständig getrennt gehalten werden, so hat das Resultat der Falcidischen Rechnung bei der einen auf das bei der andern nicht den mindesten Einfluß, weder auf den Erben, noch auf die Legatare; wenn das Einrechnen des Ueberschusses vorgeschrieben ist, so kann dies nur dem Erben nachtheilig werden, und den Legataren

---

*e*) Nur Carvalho §. 109—115 fühlt diesen Unterschied bei Erklärung der l. 21 §. 1 l. 25 pr. D. ad leg. Falcid.

der überschwerten Portion vortheilhaft, während es für die Legatare der nicht überschwerten Portion ganz ohne allen Einfluß bleibt; wenn endlich Vereinigung beider Portionen eintritt, so kann es dem Erben und den Legataren der einen Portion Nachtheil bringen zu Gunsten der Legatare der andern Portion. Folgendes Beispiel mag dies erläutern. Die eine Portion beträgt 400, und von ihr sind an Titius legirt 280; die zweite beträgt ebenfalls 400, und es lastet auf ihr ein Legat von 350 an Cajus. Werden hier beide Portionen vollständig getrennt gehalten, so muß der Erbe an Titius die vollen 280, an Cajus aber nur 300 auszahlen, und behält somit im Ganzen 220 übrig. Muß dagegen der Ueberschuß der einen Portion in die Quart der andern eingerechnet werden, so bekommt zwar Titius auch seine vollen 280, aber der Erbe verliert; er muß nämlich die 20, welche ihm von der ersten Portion über die Quart bleiben, in die Quart der zweiten einrechnen, darf also dem Cajus nur 30 abziehen und behält somit im Ganzen nur 200, also die Quarten beider Portionen übrig. Wenn endlich völlige Vereinigung beider Portionen eintritt, so rechnet der Erbe also: Von 800 sind 630 legirt, also 30 über die Quart; diese werden den beiden Legataren pro rata abgezogen, mithin im Verhältnisse von 4 zu 5, also dem Titius 13⅓, dem Cajus 16⅔, wornach der Erbe wieder nur 200 übrig behält. Man sieht aber, daß hier im Vergleiche mit der völligen Trennung nicht blos der Erbe, sondern auch Titius verloren hat. Es ist mithin zwar für den Erben, nicht aber für die Legatare gleichgültig, ob getrennt und nur der Ueberschuß eingerechnet, oder beide Portionen vereinigt werden, und zwar selbst dann nicht, wenn beide Portionen über die Quart beschwert sind, indem hier immer noch die Legatare der einen Portion durch die Vereinigung einem größern Abzuge unterworfen werden können, als bei der Trennung. Wären z. B. im obigen Falle dem Titius 320, dem Cajus 400 legirt, so würden bei getrennter Berechnung dem Titius 20, dem Cajus 100 abgezogen, bei vereinter dagegen dem

Titius 53⅓ und dem Cajus 66⅔. — Vollkommen gleichgültig ist daher die Berechnungsart nur dann, wenn die Legate beider Portionen, und diese selbst ganz gleich groß sind *f*).

## §. 2.

Ob nun die eine oder andere der angegebenen Berechnungsarten eintritt, darüber enthalten die Gesetze folgendes Grundprincip. So oft ein Erbe mehrere Portionen unmittelbar nach dem Willen des Testators auf eigenen Namen erwirbt, und so oft er von mehrern Portionen Legate auf eignen Namen schuldet, werden sämmtliche Portionen vollständig vereinigt. Wenn dagegen eine Portion nicht unmittelbar *ex voluntate testatoris*, sondern aus einem vermittelnden Grunde erworben wird, oder wenn die sämmtlichen Legate derselben *alieno nomine*, d. h. durch das Eintreten an die Stelle eines andern ursprünglich Onerirten geschuldet werden, da tritt Trennung der beiden Portionen ein, jedoch mit der durch die Billigkeit gebotenen Ausnahme, daß mit dem Ueberschusse der neuerworbenen Portion bisweilen der Ausfall der eigenen gedeckt werde, bisweilen sogar eine völlige Vereinigung statt finde. Dieses Grundprincip ist angedeutet in **l. 87 §. 4 D. ad leg. Falc.**, indem als Grund für die Trennung zweier Portionen angegeben wird — **quia non suo nomine obligatur.** Es wird dieses Princip aber auch durch alle einzelnen Entscheidungen bestätigt, welche die Gesetze für unsere Frage enthalten *g*).

Ehe nun aber zur genauen Darstellung der einzelnen Anwendungen des obigen Grundsatzes übergegangen werden

---

*f*) Cujaz, obs. XV, 15. Papillonius p. 749. Bernstorff p. 190.

*g*) Dieser Grundsatz ist auch von Donellus §. 5, Carvalho §. 102 gefühlt, aber nicht consequent durchgeführt worden.

kann, müssen erst noch einige Punkte erörtert werden, welche für eine richtige Exegese der einschlägigen Gesetzesstellen präjudiziell sind.

Wenn eine Erbportion von dem zunächst zu ihr Berufenen nicht erworben wurde, und dann durch Substitution oder Accrescenzrecht auf einen andern überging, so brauchte dieser die Legate, welche der Weggefallene hätte entrichten müssen, nach älterm römischen Rechte nur dann zu erfüllen, wenn sie entweder mit einer allgemeinen Formel: **heres meus, quisquis mihi heres erit** legirt, oder, soferne sie **nominatim** angeordnet waren, auch für den Substituten namentlich wiederholt waren *h*). Kaiser Septimius Severus rescribirte aber mit seinem Sohne Antoninus Caracalla, daß die einem **institutus**, wenn auch **nominatim** auferlegten Vermächtnisse als für den Substituten wiederholt betrachtet werden müßten, wenn der Wille des Testators nicht entschieden entgegen sey *i*), und dieser Satz ist durch die Interpretation auf den Miterben, welchem eine Portion accrescirt, ausgedehnt, und durch die Kaiser Diocletian und Maximian, endlich durch Justinian bestätigt worden *k*). Diese allgemein angenommenen Sätze *l*) sind zwar von A. Faber **conj. IV, 13** geleugnet, und behauptet, auch schon im ältern Rechte sey mit den Lasten accrescirt und die **l. 29 D. de leg. II.** nur von einer **pars caduca** zu verstehen; allein später in den **conj. XVIII, 14** hat er dies selbst widerrufen, und gerade umgekehrt behauptet, auch nach dem Rescripte Severs bis auf **l. un. C. cit.** sey eine freigewordene Portion **sine onere** accrescirt, indem eine Ausdehnung des nur von der Substitution redenden Rescripts auf das Accresciren nicht zulässig, die **l. 61**

---

*h*) **l. 29 §. 1 D. de leg. II. l. 98 D. de leg. III.**

*i*) **l. 74 D. de leg. I.**

*k*) **l. 61 §. 1. D. de leg. II. l. 4 C. ad S. C. Trebell. l. un. §. 4 u. 9 C. de cad. toll.**

*l*) **Cujac. obs. XV, 15. Papillonius p. 748. Bernstorff §. 29. Donellus, comment. V, 29 §. 6—16.** Roßhirt, B. 1 S. 457.

§. 1 D. de leg. II. interpolirt, die l. 4 C. cit. aber von einer substitutio reciproca zu verstehen sey. Es ist aber auch diese zweite Faber'sche Ansicht unhaltbar, weil sie nicht blos den vorjustinianeischen Gesetzen Gewalt anthut, sondern auch durch l. un. §. 4 u. 9 C. cit. selbst widerlegt wird, wo der Kaiser sagt, daß er nur Ulpian's Lehre in diesem Punkte bestätige und erweitere.

Besondere Beachtung verdient noch die Bedeutung des Wortes oneratus in den Quellen. Im Allgemeinen ist jedes Legat ein onus hereditatis *m*), und onerirt ist daher jede Erbportion, von welcher irgend ein Vermächtniß zu entrichten ist, ohne alle Rücksicht auf den Betrag desselben *n*). Eine specielle Bedeutung des Wortes ergiebt sich aber in der Lehre vom Falcidischen Gesetze. Hier wird nämlich von der Verpflichtung des Erben über das gesetzliche Maaß zunächst gesagt, supra dodrantem onerare *o*), und dann wohl auch eine Erbportion, von welcher mehr als Dreiviertheile legirt sind, eine portio onerata schlechthin genannt *p*), während, wenn die Vermächtnisse dem Betrage der Portion gleichkommen, oder ihn übersteigen, diese exhausta heißt *q*).

Bei der Untersuchung der einzelnen Fälle, zu welcher nun übergegangen werden soll, läßt sich eine zweifache Anordnung denken. Man könnte zuerst die Fälle der Trennung beider Portionen, und dann die der Vereinigung aufzählen; man kann aber auch lediglich die Reihe derjenigen Gründe verfolgen, aus welchen mehrere Portionen derselben Erb-

---

*m*) l. un. §. 10 D. si mulier vent. nom.

*n*) l. un. §. 9 C. de cad. toll.

*o*) l. 10 D. ad leg. Falc.

*p*) l. 11 §. 6 D. eod.: Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit: daß hier ultra dodrantem hinzu gedacht werden muß, ist klar, weil sonst die darauf folgende Frage undenkbar wäre: tractari solet, an Falcidiam possit inducere?

*q*) l. 1 §. 14 D. eod. Cujacius in rec. sol. ad l. 1 D. de legatis. T. VII. p. 937.

schaft in einer Person zusammentreffen können. Dies letztere ist vorzuziehen, und soll hier geschehen, weil dadurch die Prüfung des Grundprincipes der Lehre erleichtert wird, und weil die erste Anordnung einzelne Partieen, insbesondere die Berechnung der Quart bei Pupillarsubstitutionen zu sehr zerreissen würde.

Das Zusammentreffen mehrerer Portionen derselben Erbschaft in einer Person findet aber statt:

1) wenn Jemand auf mehrere Portionen eingesetzt oder substituirt ist (§. 3);

2) wenn Jemand instituirt, und einem Miterben vulgariter substituirt ist (§. 4);

3) wenn eine Portion accrescirt (§. 5);

4) durch die Pupillarsubstitution (§. 6—9);

5) wenn ein eingesetztes Kind die **bonorum possessio contra tabulas** agnoscirt, **quia edictum per alium commissum est** (§. 10);

6) wenn Vater und Hauskind nebeneinander eingesetzt sind (§. 11);

7) wenn ein Erbe seinen Miterben beerbt, oder arrogirt, oder dessen Portion kauft u. dgl. (§. 12).

Alle diese Fälle sind nun im Einzelnen zu erörtern.

## §. 3.

Wenn Jemand auf mehrere Portionen derselben Erbschaft eingesetzt ist, so wird, da er beide auf eignen Namen und unmittelbar nach dem Willen des Testators erhalten soll, es gerade so angesehen, als ob er nur einmal eingesetzt wäre, aber auf eine Portion von der Größe, wie sie sich durch das Zusammenrechnen der mehrern Portionen ergiebt. Es werden daher auch rücksichtlich der Falcidischen Quart beide Portionen schlechthin vereinigt, gleichviel, ob von beiden Legate hinterlassen sind, oder nicht, und ob der Erbe auf beide Portionen unbedingt, oder auf eine oder beide bedingt, und unter derselben oder verschiedenen Bedingungen eingesetzt ist. Deutlich entscheidet dies Papi-

nian in l. 11 §. 7 D. h. t.: aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur: ibi enim legatorum confundi rationem non minus, quam si semel fuisset nuncupatus ex ea portione, quae conficeretur ex pluribus; neque referre, pure saepe, an sub diversis conditionibus sit heres institutus. Hiemit stimmt auch Paulus überein, indem er in l. 1 §. 13 D. eod. sagt: proficit legatariis; is enim similis est heres ex parte pure, ex parte sub conditione heredi instituto, und Julian, der in l. 87 §. 3 einen Fall erzählt, wo Jemand auf ¼ und dann unter einer Bedingung noch auf ½ eingesetzt ist, und entscheidet, misceri duas partes r). Diese vereinte Berechnung macht es nothwendig, daß, wenn nicht beide Portionen in gleicher Weise bedingt sind, bei Entrichtung der Legate von der zuerst erworbenen Portion Caution für die Rückzahlung der treffenden Abzugsrate für den Fall geleistet werde, daß die Bedingung der zweiten Portion eintrete, und deren Legate auch noch entrichtet werden müssen s), sowie umgekehrt für die Nachzahlung von Seite des Erben, soferne der Defect der ersten Portion durch die zweite gedeckt würde. Diese Cautionen sind zwar in den Gesetzen für diesen Fall nicht speciell erwähnt, ergeben sich aber theils aus den allgemeinen Grundsätzen über die cautiones legatorum causa, theils aus den ganz analogen Entscheidungen der Gesetze bei der Pupillarsubstitution.

Dieselbe Vereinigung muß natürlich eintreten, wenn Jemand auf mehrere Portionen vulgariter substituirt ist, weil der Substitut, sobald er eintritt, ganz als institutus erscheint. —

Endlich mußte dasselbe gelten, wenn nach dem Rechte der lex Julia et Papia Poppaea ein Erbe die Portion

---

r) Hierüber sind auch unsere Juristen einig. Donellus §. 3. Cujacius ad l. 87 §. 3 cit. T. VI. p. 405. Roßhirt I, S. 531.

s) Roßhirt S. 532.

eines Miterben durch das jus vindicandi caduca erhielt. Wir wollen dies zunächst aus den Grundsätzen über die caducorum vindicatio im Allgemeinen abzuleiten suchen. Es ist anerkannt, daß die Vindikanten einer caducen Erbportion als wirkliche Erben des Verstorbenen betrachtet wurden *t*), und daß alle Lasten der Portion auf sie übergingen *u*); sie traten daher nach dem Umfange ihrer Berechtigung und Verpflichtung an die Stelle des Weggefallenen, aber als unmittelbare Nachfolger des Testators *v*). Hieraus folgt denn auch, daß man sie so ansah, als wären sie selbst von Anfang an zu den beiden Portionen gerufen gewesen, zu der einen unbedingt, zu der andern gewissermaßen bedingt, und daß daher auch die Lasten beider Portionen als von einer und derselben hinterlassen betrachtet wurden. Eine Anwendung dieses Gedankens macht Papinian in l. 52 §. 1 D. ad S. C. Treb.

Servus ab altero ex heredibus libertatem, ab altero fideicommissum hereditatis accepit: si neuter adire velit, nullae praetoris partes erunt: quia neque propter solam libertatem compellitur adire, neque is, a quo libertas data non est, propter eum, qui nondum liber est, ut adeat compellitur. Et Senatusconsulto locus est, cum ab omnibus directa vel fideicommissa libertas ab eo datur, a quo hereditas quoque relinquitur. Sed si forte is, a quo libertas data est, portionem suam repudiavit, vel conditione exclusus est, *cum portio ejus ad alterum pervenerit*, *defendi poterit adire cogendum: quid enim interest*, *quo jure debitor libertatis et hereditatis idem esse coeperit?*

Es ist anerkannt, daß ein Sclave den Erben nach dem S. C. Pegasianum zwingen kann, die Erbschaft anzutre-

*t*) Ulp. Fr. I, 21. l. 5 D. de substit.

*u*) Ulp. Fr. XVII, 3. l. 60 §. 1 D. de condit.

*v*) Schneider, das Anwachsungsrecht bei Legaten. Berlin 1837. S. 139.

ten, wenn ihm im Testamente die Freiheit, direkt oder indirekt, und zugleich ein Universalfideicommiß hinterlassen ist *w*). In obiger Gesetzesstelle untersucht nun der Jurist, ob der Sclave dasselbe Recht hat, wenn mehrere Erben eingesetzt sind, und entscheidet in folgender Weise. Wenn dem Sclaven von dem einen Erben die Freiheit indirekt, und von dem andern ein Universalfideicommiß hinterlassen ist, und beide Erben nicht antreten, so findet kein Zwang statt; denn wegen der vermachten Freiheit allein kann die Antretung niemals erzwungen werden, der Erbe aber, welcher nicht mit der Freilassung des Sclaven belastet ist, kann, solange der Sclave nicht frei geworden ist, von ihm nicht zur Antretung angehalten werden; es greift also das **S. C. Pegasianum** zu Gunsten von Sclaven nur dann Platz, wenn ihnen die Freiheit entweder direct hinterlassen ist, so daß alle Erben dabei onerirt sind, oder wenn das Fideicommiß der Freiheit demselben Erben auferlegt ist, wie das der Erbschaft. Wenn jedoch etwa der mit der Freilassung belastete Erbe seine Portion ausschlägt, oder durch Wegfallen der Bedingung ausgeschlossen wird *x*), und seine Portion dem andern zufällt, so läßt sich der Zwang zur Antretung vertheidigen. Es fragt sich hier vor Allem, wie das **pervenerit** zu verstehen sey? Cujacius *y*) bezieht es mit der Glosse auf das Accrescenzrecht; allein dies ist offenbar unzulässig, weil einem Erben, der seine Portion erworben hat — und dies setzt Cujacius hier ganz richtig nach dem Gegensatze zum Anfange der Stelle bei dem zweiten Erben voraus — die Portion seines Miterben **ipso jure** zuwächst, ohne daß es einer neuen Antretung bedarf *z*), mithin, wenn das **pervenerit** vom Accresciren zu

---

*w*) l. 16 §. 16 l. 22 §. 2 D. ad S. C. Trebell.

*x*) wenn dieser antritt, und den Sclaven freigibt, so findet jedenfalls Zwang gegen den andern Erben statt. l. 16 §. 17 D. h. t.

*y*) in quaest. Papin. ad h. l. T. IV. §. 509—511.

*z*) l. 53 §. 1 D. de adqui. her. l. 2 §. 8 D. de b. p. s. t.

verstehen wäre, ein Zwang zum Antreten weder nöthig noch überhaupt denkbar wäre. Es kann vielmehr hier nur an die caducorum vindicatio gedacht werden, und es enthält somit diese Stelle den Beweis, daß diese vindicatio eine freiwillige war, wenn sie aber eintrat, die vindicirte Portion mit der schon erworbenen des Vindikanten in eine verschmolz.

Nach den bisher entwickelten Sätzen läßt sich gewiß der oben aufgestellte Satz rechtfertigen, daß die durch caducorum vindicatio in einer Person zusammentreffenden Erbportionen auch rücksichtlich der Berechnung der Falcidischen Quart schlechthin vereinigt werden müssen. Es ist dieser Satz meines Erachtens aber auch noch ausdrücklich in einem Gesetze enthalten, welches unsere Juristen sehr beschäftigt hat. Ich meine die **l. 1 §. 14 D. ad leg. Falc.** wo Paulus sagt:

**Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra,** ***et illam vindicavero:*** **Cassius confundendas esse partes existimat, Proculus contra in qua specie et Julianus Proculo adsensit: quam sententiam probabiliorem esse puto. Sed et Divus Antoninus judicasse dicitur commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiae.**

Die Erklärung dieses Gesetzes hängt vor Allem davon ab, was man sich unter dem vindicavero zu denken habe. Die Glosse sagt, es sey dies entweder auf die Substitution oder das Accrescenzrecht zu beziehen. Der ersten Ansicht, welcher übrigens A. Faber, conj. **XVIII**, 15 und jetzt Roßhirt **I**, S. 538 beitreten, steht aber entschieden entgegen, daß schon in dem vorhergehenden **§. 13** von der Substitution und zwar erschöpfend gehandelt worden ist, indem die Schlußperiode von sed ea, quae an gerade den Fall enthält, wenn eine überschwerte Portion zu einer freien hinzukommt. Schon die Glosse selbst hat dies gefühlt, und giebt der Beziehung unsers Gesetzes auf das Accresciren entschieden den Vorzug, und in dem casus des **Vivianus**

wird sie allein angenommen. Ihr sind dann auch Bartolus und Alexander, und die neuern Juristen beigetreten. Diese Auffassung erzeugte aber eine neue Schwierigkeit, indem nun das Gesetz mit der l. 78 D. eod. in Widerspruch tritt, wornach, wenn eine überschwerte Portion zu einer freien anwächst, getrennte Berechnung statt hat. Zur Lösung dieses Widerspruches sagt die Glosse, Paulus habe die Existenz des angezogenen kaiserlichen Rescriptes bezweifelt, wie aus dem dicitur erhelle; jedenfalls aber habe er die kaiserliche Entscheidung als unrichtig verworfen. Dieser Erklärung sind Voet §. 20. Bernstorff §. 17 pag. 53 und auch einmal Cujacius, obs. XV, 14 beigetreten. Doch hat dieser große Exeget hierüber verschiedene Meinungen aufgestellt. Zuerst wollte er, obs. IV c. 35, die Stelle emendiren, und zwar vor commiscendas ein non einschieben; später obs. XV, 14 wiederholt er dies mit dem Zusatze, daß man übrigens die Stelle nicht von einer portio repudiata, sondern nur von einer defecta verstehen dürfe, weil nur diese zu Julian's Zeit nach der lex Julia et Papia mit den Lasten accrescirt sey, und daß, wenn man die Stelle nicht emendiren wolle, angenommen werden müsse, Paulus habe das kaiserliche Rescript verworfen. Zuletzt, obs. XXV, 23 und ad Dig. Jul. ad leg. 87 §. 4 ad leg. Falc. T. VI p. 408 schlägt er noch eine andere Emendation vor; er will nämlich statt Proculo lesen Cassio, so daß auch Julian und Paulus mit dem Kaiser für die Vereinigung wären, die Stelle aber auf die Vulgarsubstitution zu beziehen wäre. Nicht weniger schwankend war A. Faber; er erzählt in seinen conj. IV c. 13, daß er früher statt commiscendas habe lesen wollen non miscendas, erklärt aber jede Emendation für unnöthig, wenn man, wie Cujacius richtig gethan habe, die Stelle von einer portio defecta, d. h. von einer noch beim Leben des Testators, oder vor Apertur des Testamentes freigewordenen Portion verstehe; hier würden nämlich beide Portionen von Anfang an ver-

eint deferirt, und der Erbe könne daher nur das Ganze ungetheilt in Anspruch nehmen. Zuletzt, conj. XVIII, 15, hat er aber auch diese Erklärung widerrufen und das Gesetz auf die Vulgarsubstitution bezogen, aber auf den Fall, wo der Erbe, ehe er noch seine Institutionsportion erworben hat, die Portion seines Miterben als Vulgarsubstitut in Anspruch nimmt, während der §. 13 auf den Fall gehen soll, wenn einem Erben, nachdem er seine Portion schon erworben hat, die Portion eines Miterben durch Substitution zufällt. Wieder eine andere Lösung des Widerspruches zwischen der l. 1 §. 14 und der l. 78 D. h. t. giebt endlich Carvalho §. 83 unter Berufung auf Goveanus und Cumanus, indem er unterscheidet, ob die Legate der accrescirenden Portion nominatim hinterlassen sind, oder nicht; im ersten Falle soll nach l. 78 h. t. Trennung, im zweiten nach l. 1 §. 14 h. t. Vereinigung beider Portionen statt finden.

Das Unrichtige aller dieser Erklärungen geht schon aus dem Schwankenden derselben, aus den Fiktionen und Emendationen hervor, auf welche sie sich stützen, und wird sich bei Betrachtung der Grundsätze über die Vereinigung mehrerer Portionen durch Accrescenzrecht und Substitution noch näher ergeben. Der wahre und natürlichste Sinn des vindicavero, den Cujacius und A. Faber gefühlt haben, als sie unter Verweisung auf l. 5 D. de subst. von dem Accresciren sprachen, ist offenbar die caducorum vindicatio, an welche trotz der c. Tanta §. 6 zunächst immer gedacht werden muß, wenn in den Pandekten von dem Uebergange einer testamentarischen Erbschaft an einen Miterben die Rede ist, und dabei der für den Erwerb der caduca technische Ausdruck vindicatio gebraucht ist, wie denn offenbar nur diese auch in der l. 5 D. de subst. gemeint ist *a*). Nimmt man diese Bedeutung des Wortes an, so enthält

---

*a*) vgl. l. 60 §. 1 D. de cond. l. 14 D. de jure fisci. — Fr. de jure fisci §. 3.

die Stelle gerade den Satz, den wir oben aus der Natur der caducorum vindicatio entwickelt haben, jede Verwirrung, welche die l. 1 §. 14 cit. in die Lehre von der Falcidischen Rechnung beim Accresciren und bei der Substitution gebracht hat, verschwindet, sie wird in sich selbst gerundeter, indem sie nun nicht, was bei dem wortkargen Paulus ohnehin sehr auffallend wäre, zweimal denselben Fall behandelt, und es bleibt nur noch die Frage zu lösen, warum die römischen Juristen wohl über den in Rede stehenden Satz verschiedener Meinung waren. Hierüber mag denn die Vermuthung geäußert werden, daß Proculus, Julianus und Paulus die getrennte Berechnung deswegen verlangten, weil die caducorum vindicatio, wie das Accrescenzrecht, nicht auf der Anordnung des Testators, sondern auf gesetzlicher Bestimmung ruhte, wie denn in der That gesagt wird, per legem vindicare *b*). Dagegen dürfte der Entscheidungsgrund des Cassius und des kaiserlichen Rescripts darin gelegen haben, daß die vindicatio nicht, wie das Accresciren, ohne die Lasten erfolge, daß mithin, weil der Wille des Testators hierin aufrecht erhalten bleibe, der Erwerb überhaupt so behandelt werden müsse, als ruhe er auf der letztwilligen Bestimmung.

## §. 4.

Der Einsetzung auf zwei Portionen steht der Fall am nächsten, wenn Jemand eingesetzt und einem Miterben vulgariter substituirt ist *bb*). Da nämlich die Substitution auch eine wahre Einsetzung ist, so ergiebt sich hieraus die Nothwendigkeit der Zusammenrechnung der Institutions- und Substitutionsportion. In der That finden wir diese auch zwei-

---

*b*) l. 5 D. de subst.

*bb*) Dieser Fall, sowie die Berechnung der Quart bei der Pupillarsubstitution ist neuerdings, aber nicht erschöpfend und ohne neue Resultate behandelt von Stemann, in Elvers Themis, neue Folge. B. 1 n. 10 S. 295—308.

zweimal in den Gesetzen ausgesprochen, aber in zwei Stellen, welche den Schein des Widerspruches an sich tragen, und daher verschiedene Auffassungen veranlaßt haben. Die ältere dieser beiden Stellen ist die l. 87. §. 4. D. ad leg. Falc. von Julianus.

Qui filium suum impuberem et Titium aequis partibus heredes instituerat, a filio totum semissem legaverat, a Titio nihil: et Titium filio substituerat. Quaesitum est, cum Titius ex institutione adisset, et impubere filio mortuo ex substitutione heres extitisset, quantum legatorum nomine praestare deberet? et placuit, solida legata eum praestare debere: nam confusi duo semisses efficerent, ut circa legem Falcidiam totius assis ratio haberetur, et solida legata praestarentur. Sed hoc ita verum est, si filius antequam patri heres existeret, decessisset. Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat: quia non suo nomine obligatur, sed defuncti pupilli, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.

Die zweite Stelle ist die l. 1. §. 13. D. eod von Paulus:

Id, quod ex substitutione coheredis ad coheredem pervenit, proficit legatariis. Is enim similis est heres ex parte pure ex parte sub conditione heredi instituto: sed ea, quae ab eo legata sunt, si omiserit hereditatem, non augebuntur, scilicet, si ab eo nominatim data sunt, non quisquis mihi heres erit.

Vergleicht man diese beiden Gesetze miteinander, so ergiebt sich, daß Paulus zwei Fälle unterscheidet; wenn Jemand in seiner Einsetzungsportion überschwert ist, aber durch Substitution eine freie Portion erwirbt, so schreibt der Jurist Vereinigung vor; wenn dagegen zu einer freien Portion durch Substitution eine überschwerte hinzutritt, so sollen sie bei der Berechnung getrennt gehalten werden. Julianus dagegen betrachtet nur den zweiten Fall, schreibt

aber Vereinigung beider Portionen vor, woraus denn gefolgert werden muß, daß er umsomehr im ersten Falle die Vereinigung für nöthig hält, was er auch in dem §. 5 derselben Gesetzesstelle noch ausdrücklich in den Worten perinde agendum — extitisset sagt, und als Argument für seine dortige Hauptentscheidung gebraucht. Mithin sind zwar Julianus und Paulus über den ersten Fall einig, sie widersprechen sich aber rücksichtlich des zweiten. Die Lösung dieses Widerspruches hat die Glosse in den Schlußworten des Paulus gefunden, und ihr sind Cujacius obs. IV. 35. XV, 15, Voet §. 22, Carvalho §. 75—89, Papillonius p. 748, Bernstorff §. 40 *c*), und Roßhirt I. S. 532 gefolgt. Es soll nämlich darauf ankommen, ob die Legate der Substitutionsportion nominatim hinterlassen waren, oder mit einer allgemeinen oder doch wiederholenden Formel, welche jeden Erben gleich onerirte; war das erste der Fall, so soll getrennte Berechnung eintreten, außerdem aber Vereinigung, und hierauf soll die l. 87. §. 4. cit. gehen, in welcher vorausgesetzt werden müsse, daß die Legate ausdrücklich von dem Substituten repetirt worden seyen, weil zu Julian's Zeit die nominatim hinterlassnen Legate ohne ausdrückliche Repetition von dem Substituten gar nicht entrichtet zu werden brauchten. Diese Erklärung ist aber von A. Faber, conj. IV. c. 13 deßhalb verworfen worden, weil schon Julianus derselben Ansicht über den Uebergang der Legate gewesen seyn könne, welche später Kaiser Severus in einem Rescripte ausgesprochen habe (vgl. oben §. 2.), und weil zu Paulus Zeit die stillschweigende Repetition der Legate schon gesetzlich gegolten habe,

---

*c*) Er erklärt übrigens die l. 1. §. 14. cit. jedenfalls insoferne ganz falsch, als er glaubt, sie beziehe sich nur auf den zweiten Fall, und Paulus befreie den Substituten gänzlich von der Entrichtung der nominatim hinterlassnen Legate. Die Schwierigkeit ist ganz übergangen von Stemann, der sich mit dem Satze begnügt, bei der Vulgarsubstitution finde immer Vereinigung statt. —

dieser aber gleichwohl die Trennung beider Portionen vorschreibe, mithin, wenn man auch in der l. 87. §. 4. cit. die testatorische Repetition voraussetzen wolle, der Widerspruch beider Stellen doch nicht gelöst sey. Er selbst will sodann die Sache dadurch erklären, daß er den zweiten Theil der l. 1. §. 13. cit. nicht auf die Substitution, sondern auf das Accrescenzrecht bezieht. Er nimmt nämlich in dem Falle des Gesetzes drei Erben an, A, B und C, und denkt sich den B als Substituten des A; wenn nun A wegfällt, werden durch seine Portion die Legate des B vermehrt; wenn aber (dies soll der Sinn der Stelle von sed ea, quae an seyn) auch der B wegfällt, so accresciren die Portionen des A und B dem C, und die Legate jener werden nicht vermehrt, indem getrennte Berechnung statt findet. Diese Erklärung ist aber nicht blos viel zu künstlich, sondern sie läßt auch die Schlußworte des Gesetzes von scilicet an ganz außer Betracht, und würde, wenn man diese hinzufügt, die Entscheidung des Paulus mit der, welche Gajus in l. 78. D. h. t. über das Accresciren giebt, in denselben Widerspruch setzen. Sie ist daher nicht blos von Cujacius, obs. XV, 14 verworfen, wo er sagt, mit Unrecht bezögen einige den Schluß der l. 1. §. 13. cit. auf das Accrescenzrecht, sondern A. Faber hat sie auch später, conj. XVIII, 15, selbst widerrufen, und mit der Glosse und Cujacius angenommen, die ausdrückliche repetitio der Legate durch den Testator, welche in l. 87. §. 4. cit. vorausgesetzt werden müsse, wirke Vereinigung, die blos stillschweigend gesetzliche dagegen, welche in l. 1. §. 13. cit. stattfinde, nicht. Merkwürdigerweise hat dagegen Cujacius diese Auffassung zuletzt selbst wieder verworfen, und erklärt *d*), nach langer Ueberlegung glaube er die Sache folgendermaßen betrachten zu müssen. In der l. 1. §. 13. cit. seyen von beiden Erben Legate hinterlassen, und es sey daher billig, daß der Substitut die Legate des Wegge-

---

*d*) obs. XXV, 23 und in Dig. Jul. ad l. 87. §. 4. cit. T. VI. pag. 408.

fallenen nicht ganz leiste, sondern daß die Legate beider Portionen zusammengerechnet werden, und, wenn sie dann ¾ des Ganzen übersteigen, pro rata den Abzug erleiden. In der l. 87. §. 4. cit. dagegen seyen von dem einen Erben keine Legate hinterlassen, und daher müsse er die Legate der Substitutionsportion ganz entrichten, indem beide Portionen zur Berechnung vereinigt würden. Wieder eine andere Darstellung findet sich endlich bei Donellus §. 5—7. Er stellt zunächst aus l. 1. §. 13. D. cit. die Regel auf, wenn die überschwerte Portion durch Substitution zu einer freien hinzukomme, so trete zwar, wenn die Legate mit der allgemeinen Formel hinterlassen seyen, Vereinigung beider Portionen ein, wenn sie aber nominatim angeordnet worden, finde getrennte Berechnung statt, weil hier der Substitut diese Legate alieno nomine schulde. Sodann fügt er dem zweiten Theile seiner Regel aus l. 87. §. 4. cit. die Ausnahme bei, daß dennoch Vereinigung nothwendig werde, wenn der eine Erbe schon vor dem Testator gestorben sey; diese Ausnahme liege in den Worten: si filius, antequam heres exstitissit, decessisset, mit welcher nicht sowohl das angedeutet seyn solle, daß die Vulgarsubstitution Platz greife, sondern vielmehr, daß der Sohn vor seinem Vater gestorben sey, weil er nur in diesem Falle nicht Erbe seines Vaters werde; der Grund dieser Ausnahme bestehe aber darin, daß derjenige, welcher vor dem Testator sterbe, strenge genommen gar nicht als eingesetzt betrachtet werden könne, daß mithin der andere beim Tode des Testator als allein eingesetzt erscheine, auf die eine Portion unbedingt, auf die andere unter einer bereits eingetretenen Bedingung, was denn bekanntermaßen die Vereinigung zur Folge habe; es sey mithin die Zeit, in welcher der Erbe wegfällt, zwar gleichgültig für das Eintreten des Substituten, nicht aber für die Berechnung der Quart.

Von diesen verschiedenen Meinungen ist wohl die der Glosse, welche man nach dem Obigen die gemeine nennen darf, entschieden die richtige. Die zweite Erklärung des

Cujacius ist eine blos grammatische ohne innern Halt, und es steht ihr entgegen, daß sie nicht blos die Schlußworte des Paulus von scilicet an gerade so übergeht, wie die Faber'sche Meinung, sondern auch zu dem direkten Gegentheile von dem führt, was Paulus sagt. Dieser entscheidet nämlich, daß die Legate der überschwerten Substitutionsportion nicht vermehrt werden sollen aus der Institutionsportion des Substituten; dazu kommt es aber, wenn, wie Cujacius will, alle Legate zusammengerechnet, und pro rata gemindert werden; Cujacius will in dem zweiten Falle der l. 1 §. 13 cit. eine vereinte Berechnung finden, während Paulus gerade eine getrennte vorschreibt. Ebenso unhaltbar ist die Ansicht des Donellus. Denn jeder Erbe, der einem Miterben substituirt ist, erscheint als auf zwei Portionen instituirt, es mag nun der Miterbe vor oder nach dem Tode des Testator wegfallen. Dies folgt schon daraus, daß die Substitution anerkannt eine Institution ist, und sobald sie überhaupt wirksam wird, dieser in allen Punkten gleich steht*e*) und ist überdies deutlich und ganz allgemein in l. 1. §. 13 h. t. gesagt. Daß auch Julianus in l. 87 §. 4 cit. die Sache so ansieht, geht daraus hervor, daß er unmittelbar vorher in §. 3 von dem Falle gehandelt hat, da Jemand auf mehrere Portionen eingesetzt ist; daran reiht er dann in §. 4 den Fall der Substitution eines Miterben, um ihn gerade so zu entscheiden, und die Worte **si filius, antequam patri heres exstitisset, decessisset,** sollen daher in der That nur die Voraussetzung der Vulgarsubstitution überhaupt bezeichnen, weßhalb denn auch dasselbe gelten muß, wenn etwa der Sohn noch emancipirt wurde, und dann die väterliche Erbschaft ausschlug, ja selbst, wenn er als suus abstinirte.

Die Einwendungen, welche Faber gegen die gemeine Meinung gemacht aber selbst wieder aufgegeben hat, werden vor einer genauern Begründung dieser Ansicht völlig ver-

---

*e*) pr. J. de subst. vulg. l. 1 pr. l. 36 pr. D. de subst.

schwinden. Zu der Zeit, als Julianus schrieb, brauchte der Substitut nicht alle diejenigen Legate zu entrichten, welche derjenige hätte zahlen müssen, an dessen Stelle er trat, sondern nur diejenigen, welche entweder in einer allgemeinen alle Erben gleich onerirenden Formel hinterlassen, oder von dem Substituten speciell repetirt waren. In beiden Fällen erschien er aber als auf eignen Namen onerirt, und nie konnte er ein Legat alieno nomine schulden. Da er ferner auch auf die Substitutionsportion eben durch die Substitution auf eignen Namen berufen war, so stand er durchaus dem auf mehrere Portionen eingesetzten Erben gleich, und kein Jurist konnte, ohne inconsequent zu seyn, anders entscheiden, als daß der Substitut in allen Fällen, es möge nun die eine oder andere oder beide Portionen überschwert seyn, beide zum Zwecke der Falcidischen Rechnung vereinigen müsse. So entscheidet denn auch Julianus, und zwar genau aus den angegebenen Gründen; dies erhellt theils aus dem schon erwähnten Anschließen der Entscheidung an den §. 3, theils daraus, daß im Schluße der Stelle dem Pupillarsubstituten das Recht der getrennten Berechnung deßwegen gegeben wird, weil er die Legate der Pupillarportion nicht auf eignen Namen schuldet, sondern als eine in der Erbschaft des Pupillen auf ihn übergegangne Schuld. Daß endlich Julianus in dem ersten Theile der Stelle nicht ausdrücklich hervorhebt, welche Art von Legaten er sich bei der Substitutionsportion denke, ist begreiflich, weil er nur die Frage untersucht, wie gerechnet werde, nicht auch die, welche Legate den Substituten oneriren, deren Entscheidung er vielmehr als bekannt voraussetzt.

Anders stand die Sache, als Paulus die l. 1 §. 13 cit. schrieb; jetzt mußte der Substitut alle Legate entrichten, welche sein Vormann hätte zahlen müssen, selbst diejenigen, welche von diesem nominatim hinterlassen waren, indem diese nach dem Rescripte Sever's als gesetzlich repetirt galten. Dadurch entstand die Frage, ob bei der Berechnung der Falcidischen Quart diese gesetzlich repetirten Legate

geradeso zu behandeln seyen, wie die durch den Testator ausdrücklich repetirten, und diese Frage ist es, welche Paulus in der l. 1 §. 13 cit. verneint, indem er sagt, die Repetition des Testator wirke vereinte Berechnung, die gesetzliche aber nicht. Die Gründe seiner Entscheidung giebt er nach seiner Gewohnheit nicht an, sie liegen aber ganz nahe, und gehen aus demselben Principe hervor, welches die Juristen vor Paulus in dieser Lehre festgehalten hatten. Julianus forderte die vereinte Berechnung deßhalb, weil der Substitut alle Legate auf eignen Namen schuldete; dies war aber hier nicht der Fall. Das Rescript des Kaisers konnte den Substituten verpflichten, die Legate zu entrichten, aber es konnte nicht eine Willenserklärung des Testator schaffen, die nicht da war; es konnte nicht bewirken, daß der Substitut als selbst auf eignen Namen onerirt erscheine, sondern nur die Schuld eines andern auf ihn übertragen, weil er auch dessen Rechte erwarb. Wie sehr hier Paulus im Geiste des ältern Rechtes entschieden hat, zeigt auch noch der Grundsatz über Berechnung der Quart aus zwei durch Accrescenzrecht vereinigten Portionen, welcher in §. 5 erörtert werden wird. Weit entfernt also, daß Paulus von Julianus abweiche, stimmen sie im Principe und in der Anwendung desselben genau überein; nur war dem Paulus ein Fall der Anwendung mehr gegeben, der zu Julian's Zeit noch nicht denkbar war.

Nach der bisherigen Entwicklung muß es denn auch für unsere Frage ganz gleichgültig seyn, ob der Erbe, dem sein Miterbe substituirt ist, wegfällt, nachdem dieser Miterbe seine Institutionsportion schon erworben hat, oder vorher, und es erhellt, daß nicht blos die Modifikation, welche A. Faber, conj. XVIII, 15 der gemeinen Meinung wegen l. 1 §. 14 cit. beifügen zu müssen glaubte, unrichtig, sondern auch, daß es schlechthin unzulässig ist, die l. 1 §. 14 cit. auf die Substitution zu beziehen.

Wohl aber bedarf die l. 1 §. 13 cit. nach einer andern Seite hin noch einer genauern Betrachtung, als ihr

die hier vertheidigte Ansicht hat zu Theil werden lassen. Man könnte nämlich behaupten, Paulus habe darin nirgends eine gemeinschaftliche Berechnung durch Vereinigung beider Portionen vorgeschrieben, sondern nur das Einrechnen des Ueberschusses der einen Portion in die Quart der andern, weil er nur sagt: proficit legatariis und non augebuntur legata. Allein daß er damit ein Zusammenwerfen beider Portionen gemeint habe, geht aus der von ihm als Entscheidungsgrund angegebenen Vergleichung mit dem auf mehrere Portionen eingesetzten Erben hervor, und muß um so mehr angenommen werden, als sonst wirklich ein Widerspruch mit l. 87 §. 4 cit. eintreten würde. Endlich ist es denkbar, daß die Legate der Substitutionsportion theils nominatim hinterlassen waren, theils nicht; in diesem bisher nirgends beachteten Falle muß aber offenbar angenommen werden, daß der Erbe zunächst von denjenigen Legaten, welche nominatim auferlegt waren, eben so viel abzieht, als der weggefallne Miterbe abgezogen haben würde, und sodann das, was ihm zu der Quart beider Portionen noch fehlt, durch gemeinschaftliche Berechnung von allen übrigen Legaten beider Portionen pro rata abzieht. Folgendes Beispiel mag dies erläutern. Jemand hat 600 im Vermögen, setzt den Titius auf ⅔, den Cajus auf ⅓ ein, vermacht an X ohne Bezeichnung eines Onerirten 150, und verordnet, daß Titius an A 300, Cajus aber an B 100 auszahle; zuletzt substituirt er sich die Erben gegenseitig. Wenn hier beide Erben antreten, so hat Titius, dessen Erbtheil 400 beträgt, an X - 100, und an A - 300 zu zahlen; er zieht also jenem 25, diesem 75 ab. Cajus dagegen hat an X nur 50, an B aber 100 zu zahlen, behält mithin seine Quart frei. Wenn nun aber Titius ausschlägt, und Cajus dessen Portion als Substitut erwirbt, so beträgt die Quart des Ganzen, die er zu fordern hat, 150, sämmtliche Legate aber 550, also fehlen ihm 100; um diese zu erhalten, zieht er zunächst dem A die 75 ab, welche ihm auch Titius abgezogen haben würde, quia nominatim

legata non augebuntur, und die noch fehlenden 25 behält er pro rata von den Legaten des X und B zurück, also 15 von jenem, 10 von diesem. Wären endlich die 300 des A durch den Testator selbst bei der Substitution ausdrücklich wiederholt gewesen, so würde vollständig vereinigte Berechnung eingetreten seyn und folgendes Resultat geliefert haben. Die Erbschaft beträgt 600, die Legate 550, es sind also 100 über das gesetzliche Maaß legirt, und diese werden pro rata so abgezogen, daß X $27\frac{3}{11}$, A $54\frac{6}{11}$, und B $18\frac{2}{11}$ verliert. In diesem Beispiele würde also die theilweise oder gänzliche Vereinigung nur den Legataren der Einsetzungsportion schaden, dem Erben aber gleichgültig seyn, weil beide Portionen nichts über die Quart frei haben. Denken wir uns aber in dem obigen Beispiele das Legat des B nur 50 betragend, so darf Cajus, wenn er als Substitut eintritt, zwar dem A auch wieder 75 abziehen, dem X oder B aber nichts, weil er nun 175, also mehr als die Quart des Ganzen übrig hat; hier wäre also durch die Vereinigung das Legat des X zum Nachtheile des Erben vermehrt. — Zuletzt muß noch beobachtet werden, daß die Ausschließung der nominatim legata von der gemeinschaftlichen Rechnung nur zu Gunsten der Institutionsportion geschieht, legata non augentur; wenn dagegen die Substitutionsportion nicht überschwert ist, und somit durch die Vereinigung etwa ihre nominatim legata gemindert werden, findet sie doch statt; denn der Anfang der l. 1 §. 13 cit. schreibt die Vereinigung allgemein vor.

Das Resultat der ganzen Untersuchung über die Vulgarsubstitution wäre also dieses: Alle durch Vulgarsubstitution in einer Person vereinigten Erbschaftsportionen werden zusammengeworfen und die Quart gemeinschaftlich berechnet; doch werden, soferne die Substitutionsportion über die Quart beschwert ist, hievon diejenigen Legate ausgeschlossen, welche von den weggefallenen Erben nominatim hinterlassen, und nicht durch den Testator selbst von dem Substituten repetirt worden sind; sie erleiden denselben Abzug,

welchen sie erlitten haben würden, wenn der ursprünglich Onerirte angetreten hätte, und das zur Quart des Ganzen alsdann noch Fehlende wird durch gemeinschaftliche Berechnung von den übrigen Legaten gedeckt.

## §. 5.

Der Vulgarsubstitution ähnlich erscheint das Accrescenzrecht, und zwar in einem solchen Grade, daß Ulpianus einmal den Erben, welchem eine Portion accrescirt, einen quasi substitutus nennt, und einen von dem Substituten geltenden Rechtssatz deßhalb auf ihn ausdehnt *f*). Dadurch könnte man sich denn auch zu dem Schlusse verleiten lassen, es müßte rücksichtlich der Falcidischen Quart das Accresciren dieselbe Wirkung äußern, wie die Vulgarsubstitution. In der That haben auch die Ausleger des Römischen Rechtes nicht selten diesen Schluß gemacht und dadurch unsere Lehre verwirrt *g*). Es findet sich nämlich in den Gesetzen jene Gleichstellung des Accrescenzrechtes mit der Substitution in unserer Lehre nicht, vielmehr der Satz, daß die Quart von beiden Portionen getrennt berechnet wird, und daß der Erbe nur den Ueberschuß der anwachsenden Portion in die Quart seiner eigenen einrechnen muß.

Wir haben diesen Satz in der l. 78 D. ad leg. Falc., dem einzigen Gesetze, welches den Einfluß der Anwachsung auf die Falcidische Rechnung behandelt. Es lautet also:

**Gajus lib. III. de legatis ad Edictum Praet. Urb.**

**Quod si alterutro eorum deficiente, alter heres solus extiterit, utrum perinde ratio Legis Falcidiae habenda sit, ac si statim ab initio is solus heres institutus esset, an singularum portionum separatim causae spectandae sunt. Et placet, si ejus pars legatis exhausta sit, qui heres extiterit, adjuvari**

---

*f*) l. 61 §. 1 D. de leg. II.

*g*) Am bestimmtesten findet sich dieser Irrthum bei Carvalho §. 76 — 79; Voorda cap. II. §. 5.

legatarios per deficientem partem, quia ea non est legatis onerata, quia et legata, quae apud heredem remanent, efficiunt, ut caeteris legatariis aut nihil aut minus detrahatur; si vero defecta pars fuerit exhausta, perinde in ea ponendam rationem Legis Falcidiae, atque si ad eum ipsum pertineret, a quo defecta fieret.

Was nun die Erklärung dieses Gesetzes anlangt, so ist man zunächst seit der Glosse darüber einig, daß sich dasselbe auf die Anwachsung beziehe, obgleich dies nicht ausdrücklich darin gesagt ist, und es wenigstens denkbar wäre, die Stelle auf Substitution oder auf die caducorum vindicatio zu beziehen, da sie unter der Herrschaft der lex Julia et Papia geschrieben wurde. Ja unsere Juristen scheinen sich diese Möglichkeit nicht einmal gedacht zu haben und geben daher auch keine Gründe für ihre Beziehung des Gesetzes auf die Anwachsung an. Als solche Gründe dürften aber folgende geltend gemacht werden. Schon daß die Stelle aus einem Commentare zu dem prätorischen Edicte genommen ist, dem das Institut der caduca völlig fremd blieb, macht die Beziehung derselben auf das alte Recht des Accrescirens wahrscheinlich. Ganz deutlich liegt diese aber in den von Gajus gebrauchten Worten; er nennt nämlich die Portion eine defecta, während er doch gewiß den gewöhnlichen Ausdruck caduca gebraucht haben würde, wenn er die Bestimmungen des Papischen Gesetzes im Sinne gehabt hätte; sodann liegt aber in den Worten alter heres solus extiterit offenbar, daß mit dem Wegfallen des einen Erben der andere von selbst Erbe des Ganzen war, also jener ipso jure eintretende Erwerb, der das Eigenthümliche des Accrescirens bildet. Nimmt man hiezu endlich Justinian's Ausspruch in der c. Tanta §. 6, daß er die Caducität in den Pandekten übergangen habe, so ist die Beziehung unseres Gesetzes auf das Accresciren gewiß gerechtfertigt.

Wenden wir uns nun zur Entscheidung des Juristen, so ist klar, daß er zwei Fälle unterscheidet, ob nämlich die

eigne Portion des Erben mit Legaten überschwert ist, oder die seines weggefallenen Miterben, welche ihm accrescirt. Im letzten Falle will er die Falcidische Rechnung gerade so gemacht haben, als wenn diese Portion von dem weggefallnen Erben selbst erworben worden wäre; d. h. er schreibt völlig getrennte Berechnung vor, wie dies aus der vorausgehenden l. 77 eod., und aus dem zweiten Theile der im Eingange unsers Gesetzes aufgestellten Frage — an separatim causae portionum spectandae sunt — hervorgeht. In diesem Sinne haben auch seit der Glosse fast alle Juristen den Schlußsatz des Gesetzes aufgefaßt und als Regel gelten lassen. Nur Carvalho §. 76 sq. behauptet in Folge seiner irrigen Grundansicht, als müsse das Accresciren ganz dieselbe Wirkung haben, wie die Vulgarsubstitution, die angegebene Entscheidung erkläre sich lediglich daraus, daß die Legate der accrescirenden Portion nominatim von dem weggefallenen Erben hinterlassen waren, in welchem Falle nach l. 1 §. 13 D. h. t. auch bei der Vulgarsubstitution getrennte Berechnung stattfinde, und es müsse, wenn die Legate nicht nominatim hinterlassen seyen, daher schlechthin Vereinigung beider Portionen angenommen werden. Allein abgesehen davon, daß der ganz allgemeinen Entscheidung unsers Gesetzes keine solche Beschränkung untergeschoben werden darf, ist diese Ansicht auch schon deßhalb ganz irrig, weil zu Gajus Zeit die von einer accrescirenden Portion nominatim hinterlassenen Legate gar nicht entrichtet zu werden brauchten, wenn nicht eine generelle Repetition hinzugefügt war. — Fragen wir nun nach dem Grunde der getrennten Berechnung in dem angegebenen Falle, den Gajus nicht anführt, so antworten uns Manche *gg*), er liege darin, daß dieselbe Portion nicht als principalis und als accessio zugleich betrachtet werden könne; allein es ist an sich unerweislich, daß bei vereinter

---

*gg*) Papillonius p. 749; Bernstorff p. 177; Stemann in Elvers Themis, Neue Folge B. 1 S. 296.

Berechnung eine Portion als principalis, und die andere als accessio betrachtet werden müsse. Die übrigen Schriftsteller nehmen die Entscheidung des Gesetzes hin, ohne einen Grund dafür aufzusuchen. Ein solcher dürfte aber wohl zu finden und aus dem oben von mir aufgestellten Principe zu entwickeln seyn. Ein Erbe, dem die Portion eines Miterben accrescirt, erwirbt diese nämlich strenge genommen nicht als proprio nomine durch den Testator berufen, sondern nur durch die vermittelnde Bestimmung des Gesetzes; er kann daher nicht so angesehen werden, als wäre er auf zwei Portionen eingesetzt, und es greift daher auch keine Vereinigung Platz. Der Entscheidungsgrund des Gajus ist hier also derselbe, aus welchem Paulus in l. 1 §. 13 D. h. t. der gesetzlichen Repetition der Legate nicht die vereinigende Kraft der testatorischen Repetition beilegt. Man wende hiegegen nicht ein, daß vorhin vorausgesetzt worden sey, Gajus denke sich in dem Falle der l. 78 cit. die Legate generell angeordnet oder wiederholt, daß mithin der Erbe auch die Legate der accrescirenden Portion proprio nomine schulde; denn, da er diese Portion selbst nicht unmittelbar durch testatorische Berufung auf eigenen Namen erwirbt, so kann auch die ihn mitonerirende generelle Anordnung oder Wiederholung der Legate keinen Einfluß auf die Berechnung haben.

Der erste Fall des Gesetzes dagegen, nämlich der, wenn eine freie Portion zu einer überschwerten anwächst, wird in der Periode von Et placet bis detrahatur anders entschieden. In dieser Periode dürfte zunächst eine kleine sprachliche Verbesserung vorgenommen, und statt des quia ea entweder si ea oder quae gelesen werden; denn nicht blos entspricht das zweimal nacheinander stehende quia der Latinität des Gajus nicht, sondern es gewinnt auch dadurch der ganze Satz an logischer Rundung und Bestimmtheit, indem der Umstand, daß die accrescirende Portion nicht überschwert ist, offenbar nicht den rechtlichen, sondern nur den faktischen Grund des Gewinns der Legatare bildet, und

daher in die Beschreibung des Falles, nicht aber in die Entscheidungsgründe gehört. Was sodann die Entscheidung selbst anlangt, so ist sie bis jetzt allgemein so aufgefaßt worden, als schreibe Gajus vollständige Vereinigung beider Portionen vor. Allein dies liegt offenbar nicht in seinen Worten. Er sagt vielmehr nur, adjuvari legatarios per deficientem partem, d. h. die Legatare gewinnen durch die accrescirende Portion. Erinnert man sich nun daran, daß nach der oben in §. 1 gegebenen Ausführung die bloße Unterstützung der Legatare durchaus nicht identisch ist mit der völligen Vereinigung beider Portionen, daß diese letztere vielmehr, während sie den Legataren der einen Portion nützt, denen der andern schaden kann, so muß man es entschieden für unzuläßig erklären, über die bestimmten Worte des Gesetzes hinauszugehen. Dazu kommen aber noch folgende innere Gründe. Gajus giebt als Grund seiner Entscheidung an, daß ja auch die legata extincta bewirken, daß den übrigen Legataren weniger oder nichts abgezogen werde; solche erloschene Legate sind aber bekanntlich in die Quart einzurechnen, also ordnet der Jurist auch durch seinen Entscheidungsgrund nur das Einrechnen des freien Betrags der accrescirenden Portion in die Quart der andern an. Endlich würde die Entscheidung, wenn sie wirklich völlige Vereinigung vorschriebe, ganz principlos erscheinen. Der Umstand nämlich, daß die accrescirende Portion nicht unmittelbar durch testatorische Berufung erworben wird, muß die Vereinigung beider Portionen schlechthin hindern, es mag die eine oder die andere überschwert seyn. Wohl aber verträgt es sich damit, daß man es billig fand, daß der Erbe den unverhofften Gewinn aus der accrescirenden Portion in seine Quart einrechne, wie dies auch in einem andern, ganz ähnlichen Falle angenommen wurde *h*). Daß Gajus diese Billigkeit nicht bestimmt hervorhebt, kann hiegegen nichts entscheiden, da bekanntlich die Schärfe seiner

---

*h*) vgl. §. 8.

Darstellung mit der Klarheit nicht gleichen Schritt hielt, und der von ihm angegebene Grund offenbar nur eine erläuternde Vergleichung, nicht aber einen wahren Entscheidungsgrund enthält. Noch eine andere Einwendung gegen die hier versuchte Erklärung könnte aus den Anfangsworten des Gesetzes hergenommen werden. Gajus setzt nämlich in seiner Fragestellung zwei Arten der Berechnung sich gegenüber, die Trennung beider Portionen und diejenige Berechnung, welche eintreten würde, wenn der Erbe gleich anfangs allein eingesetzt gewesen wäre, also die gänzliche Vereinigung. Man könnte nun behaupten, auch in der Entscheidung des Juristen müßten dieselben zwei Berechnungsarten angenommen werden, wie in der Fragestellung, und das adjuvari legatarios sey daher nur ein anderer Ausdruck für die Vereinigung, um so mehr, als sich Gajus die accrescirende Portion ohne alle Legate gedacht habe, in welchem Falle zwischen der Vereinigung und dem bloßen Einrechnen des Ueberschusses kein Unterschied bestehe. Allein abgesehen davon, daß sich auch umgekehrt der Sinn der Frage aus der Antwort erklären läßt, ist es ja denkbar, daß sich Gajus bei der Fragestellung an die zwei Hauptberechnungen hielt, und in der Antwort nur die eine, die Trennung, aussprach, aber die Modification derselben vorausschickte. Endlich ist der Sinn der Worte legatis non onerata nicht nothwendig der, daß keine Legate da sind, sondern er kann auch der seyn, daß die Legate die Quart nicht verletzen, und für diesen Fall ist es durchaus nothwendig, die Entscheidung des Gajus buchstäblich zu nehmen, wenn sie nicht principlos werden soll.

## §. 6.

Am schwierigsten und scheinbar verwirrt ist die Berechnung der Quart bei der Pupillarsubstitution, und unsere Juristen haben deßhalb entweder sich begnügt, die einzelnen Fälle ohne vereinigenden Grundsatz aufzuzählen i), oder

i) Carvalho §. 90 — 101. Roßhirt, I, S. 533 — 537.

eine ganze Reihe von angeblichen Grundprincipien dieser Lehre aufgestellt. Papillonius nimmt folgende an:

1) Aus beiden Testamenten, dem väterlichen und dem Pupillartestamente wird nur eine Quart berechnet, und zwar mit Rücksicht auf die Todeszeit des Vaters.

2) Die Substituten werden mit Beiseitesetzung des Pupillen so betrachtet, als wären sie eingesetzt.

3) Die einzelnen Erben berechnen ihre Quart getrennt.

Dabei bemerkt er dann, die erste und dritte Regel enthielten scheinbar einen Widerspruch; allein dieser löse sich dadurch, daß die vereinte Berechnung nach der ersten Regel eintrete, wenn nur ein institutus und ein substitutus da sey, bei mehrern aber die Trennung nach der dritten Regel. Mit dieser Darstellung stimmt auch Bernstorff §. 35 — 39 u. 43 — 48 überein; zwar stellt er sogar fünf Grundregeln auf; allein seine drei ersten Regeln sind nur eine Zergliederung der ersten Regel des Papillonius in ihre einzelnen Theile. Er sagt nämlich:

1) Aus beiden Testamenten wird nur eine Quart berechnet.

2) Was der Vater im ersten oder zweiten Testamente vermacht hat, das hat er von seinem eignen Vermögen vermacht.

3) Es ist nur auf den Betrag desjenigen Vermögens zu sehen, welches der Vater bei seinem Tode hatte.

4) u. 5) Wie bei Papillonius die 2te u. 3te Regel.

Diese Darstellung hat nun aber, abgesehen davon, daß die Vereinigung des angeblichen Widerspruchs zwischen der ersten und dritten, resp. fünften Regel zum Theil unrichtig ist, offenbar den Fehler, daß sie Rechtssätze, welche eine allgemeine Bedeutung haben und nur in Folge dieser auch bei der hier in Frage stehenden Berechnung Anwendung leiden, als Specialregeln hinstellt, und somit die richtigen Gesichtspunkte verrückt. Es wird sich nämlich zeigen lassen, daß auch in dieser Lehre das allgemeine, oben an die Spitze gestellte Grundprincip entscheidet. Nur eine aus der Natur

der

der Pupillarsubstitution hergeleitete Specialregel kommt noch hinzu, welche auch in den Quellen als ein Rechtssprichwort bestimmt hervorgehoben wird, nämlich der Satz: **In tabulis patris et filii una Falcidia servatur** *k*), also die erste Regel des Papillonius und Bernstorff. Aber selbst diese Regel bezieht sich gar nicht auf den Fall, wenn zwei Portionen derselben Erbschaft in einer Person vereinigt werden, sondern auf das Verhältniß zweier ganz verschiedener Erbschaften, der des Vaters nämlich und des Pupillen; und somit stört auch sie die Einheit des Grundprincipes in unserer Lehre nicht im Mindesten. Schon Donellus §. 9 u. 10 hat dies, übrigens in einer nicht sehr geschickten Wendung, hervorgehoben, und die folgende genauere Betrachtung jenes Satzes wird es bestätigen, welche als Einleitung in die Berechnung der Quart aus mehrern durch die Pupillarsubstitution vereinigten Portionen nothwendig ist.

Wir haben eine Stelle von Papinian, in welcher er den fraglichen Satz als ein Rechtssprichwort ausdrücklich bezeichnet und ex professo erläutert. Es ist dies die l. 11 §. 5 D. ad leg. Falcid. und lautet also:

Quod vulgo dicitur, *in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari*, quam potestatem habeat, videndum est. Quamvis enim substitutus, quae a pupillo relicta sunt, cum filius heres exstitit, ut aes alienum quodlibet debeat: tamen propter ea, quae data sunt tabulis secundis, contributioni locus est. Secundum quae poterit evenire, ne substitutus quicquam retineat, vel ut longe plus habeat quartae paternae hereditatis. Quid ergo, si non sufficiat pupilli hereditas legatis, cum patris suffecisset? De suo quadrante nimirum dabit substitutus: quoniam pater legavit de suo; nec ad rem pertinet, quod ex nullo testamento praestatur ultra vires patrimonii:

---

*k*) l. 11 §. 5 D. ad leg. Falc. l. 1 §. 1 D. si cui plus.

**cum in hac parte juris legata, quae tabulis secundis relinquuntur, quasi primis sub conditione relicta intelliguntur.**

Die Ausleger haben diese Stelle immer zu den besonders schwierigen gezählt, und daß sie es ihnen wirklich war, zeigen die mancherlei Erklärungen und Emendationsversuche in und seit der Glosse, sowie die Kürze und Unbestimmtheit, mit welcher sich noch Roßhirt S. 533 darüber äußert.

Den Fall, welchen Papinian vor Augen hatte, hat schon Vivianus in der Glosse ganz richtig bezeichnet. Es setzt Jemand seinen unmündigen Sohn zum Allein-Erben ein und giebt ihm auch nur einen Pupillarsubstituten, ordnet aber in beiden Testamenten Legate an. Es fragt sich nun, wenn der Pupillarsubstitut wirklich eintritt, ob zwei getrennte Berechnungen der Falcidischen Quart stattfinden, eine aus der Erbschaft des Vaters und den Legaten des ersten Testamentes, und die zweite aus der Erbschaft des Sohnes und den Legaten des Pupillartestamentes, oder ob nur eine vereinte Berechnung Platz greift? Dieses letztere tritt ein, und das sagt der Satz, in dem Testamente des Vaters und des Sohnes werde nur eine **Falcidia** gewahrt. Was dieser Satz bedeute, will Papinian untersuchen, und beginnt nach seiner Art mit einem Einwande in der Periode von **quamvis** bis **debeat**. Dieser Einwand besteht aber darin, daß der Pupillarsubstitut, wenn der Pupill wirklich Erbe des Vaters geworden sey, die von dem Pupillen hinterlassenen Legate nicht eigentlich als Legate, sondern so schulde, wie jede andere Schuld des Pupillen, dessen Erbe er geworden ist. Die Bedeutung dieses Einwandes ist klar; die Schulden des Erblassers muß der Erbe immer ganz, sogar über den Betrag der Erbschaft bezahlen; diejenigen Legate, welche dem Pupillen auferlegt sind, begründen für diesen eine Schuld, und sie muß daher von dessen Erben, wie jede andere Schuld, ganz gezahlt werden; der Substitut kann mithin, sollte man meinen, den Falcidischen Abzug nur von denjenigen Legaten machen,

welche ihm selbst auferlegt sind, und somit wäre eine doppelte Berechnung nothwendig, eine von Seite des Pupillen, und die andere später von Seite seines Substituten. Ungeachtet dieses Einwandes entscheidet Papinian in dem Satze tamen — locus est, es finde wegen derjenigen Vermächtnisse, welche in dem zweiten Testamente angeordnet sind, Zusammenrechnung statt. Was unter dieser contributio zu verstehen sey, kann nicht bezweifelt werden; denn es ist dies der technische Ausdruck für die Zusammenrechnung aller Legate, welche bei einer und derselben Falcidischen Rechnung in Betracht kommen, so daß ihre Summe entscheidet, ob die Quart verletzt ist oder nicht *l*). Offenbar will Papinian damit sagen, die sämmtlichen Legate, sowohl diejenigen, welche im ersten Testamente dem Pupillen, als die, welche im zweiten dem Substituten auferlegt sind, werden zusammengerechnet, um nöthigenfalls alle pro rata den Abzug zu erleiden, so daß also auch von denjenigen Legaten etwas abgezogen werden darf, welche der Substitut eigentlich als Schulden des Pupillen zu entrichten hat. Einen Grund für diese Entscheidung, also eine Widerlegung seines Einwandes, giebt der Jurist scheinbar nicht an, und die Ausleger waren daher geschäftig, ihn zu suppliren. Die Glosse enthält zwei Erklärungen. Die eine geht dahin, daß die Legate des Pupillen nur dann für den Substituten als Schulden erschienen, wenn alle Legate zusammen die Quart nicht verletzten, die zweite aber meint, die Zusammenrechnung der Legate geschehe nicht zu dem Zwecke, um die Legate des Pupillen einem Abzuge zu unterwerfen, sondern nur um zu sehen, ob nicht alle Legate zusammen den Betrag der Erbschaft übersteigen. Allein diese zweite Erklärung ist, wie schon in der Glosse selbst bemerkt wird, geradezu gegen die Regel, welche Papinian erläutern will, und die erste ist ebenso nichtssagend, als wenn Carvalho

*l*) l. 35 §. 2 D. de her. inst. l. 11 §. 7 l. 30 §. 8 D. ad leg. Falc.

§. 93 sagt, die Legate erschienen in diesem Falle wegen der contributio nicht als Schulden *ll*). Den wahren Grund deutet Papinian in dem Worte propter an, und entwickelt ihn bestimmt am Schlusse der Stelle *m*); er besteht

---

*ll*) Ganz eigenthümlich faßt diese Stelle Mühlenbruch in Glück B. 40 S. 399 ff. Er nimmt an, Papinian behandle hier eigentlich den Fall, wenn der Pupill nicht Erbe seines Vaters geworden sey. Allein dies ist zunächst gegen den klaren Wortlaut des Gesetzes, welches nicht sagt cum filius heres *extitisset*, sondern exsistit. Sodann müßte man bei jener Annahme Vieles voraussetzen, was Papinian durchaus nicht hätte unerwähnt lassen dürfen. Da nämlich der Substitut in dem Falle des Gesetzes nicht zugleich Miterbe des Pupillen ist, so müßte man annehmen, daß der Pupill abstinirt habe, und der Pupillarsubstitut als Vulgarsubstitut desselben eingetreten sey; denn, wenn der Pupill vor dem Vater stirbt, so kann von einem Uebergange des Pupillenvermögens als solchen auf den Substituten begreiflich nicht die Rede seyn. Daß übrigens in jenem Falle die Regel unsers Gesetzes auch gelten müsse, unterliegt keinem Zweifel. Diese selbst aber faßt Mühlenbruch auch noch insoferne nicht ganz richtig, als er das eigne Vermögen des Pupillen, welches dieser nicht vom Vater ererbt hat, mit in die Berechnung zieht, welche Annahme weiter unten vollständig widerlegt werden wird. Die Folge davon ist, daß Mühlenbruch die Worte propter ea, de suo quadrante und legavit de suo nicht richtig erklärt, und in der ganz consequenten Entscheidung der l. 87 §. 7 D. ad leg. Falc., welche das eigne Vermögen des exheredirten Pupillen ebenfalls ganz von der Berechnung der Quart durch den ihm substituirten Miterben ausschließt, Schwierigkeiten findet, zu deren Beseitigung er das odium exheredationis zu Hülfe nimmt, ohne daß man sieht, was dasselbe hier entscheiden soll. — Uebrigens erklärt sich dieses Uebersehen Mühlenbruchs daraus, daß er nicht die Lehre von der Berechnung der Quart behandelt, sondern die Stelle nur für die Frage benützt, inwieferne ein Pupillarsubstitut onerirt werden kann, und diese Frage hat er ganz richtig entschieden.

*m*) Donellus §. 10.

darin, daß die im zweiten Testamente dem Substituten auferlegten Legate auch aus dem Vermögen des Vaters hinterlassen sind und daher so angesehen werden, als wären sie auch im ersten Testamente angeordnet, was später genauer begründet werden soll. Weit entfernt also, daß die Legate des Pupillen, um der **contributio** willen, nicht als Schulden erschienen, werden vielmehr umgekehrt dadurch auch die eignen Legate des Substituten als solche von dem Pupillen auf ihn übergegangene Schulden hingestellt und er verpflichtet, diese sämmtlichen Legatschulden des Pupillen, soweit sie diesen mit Rücksicht auf die **Falcidia** getroffen haben würden, zu entrichten. Der Grund, warum fast alle Ausleger übersehen haben, daß Papinian selbst seine Entscheidung motivirt hat, liegt aber darin, daß sie den ganzen Zusammenhang der Stelle durch eine falsche Auffassung der nun folgenden Periode von **secundum quae** bis **hereditatis** zerrissen haben. Nachdem sich nämlich der Jurist für die Zusammenrechnung ausgesprochen, fährt er fort, darnach könne es kommen, daß der Substitut nichts übrig behalte, oder *n*) daß er viel mehr habe, als den vierten Theil der väterlichen Erbschaft. Diese Aeußerung haben nun alle Ausleger, ausgenommen Donellus, der hier ganz richtig sah, als die Entwicklung der rechtlichen Folgen jener Zusammenrechnung aufgefaßt, während sie doch offenbar nur die faktischen enthält. Dadurch sahen sie sich dann veranlaßt, mit **quid ergo** den Uebergang zu einer neuen Frage anzunehmen *o*), während hier nur die weitere

---

*n*) Daß **vel ut** gelesen werden müsse, nicht **velut**, haben schon in der Glosse einige angedeutet, und seit Cujacius, Haloander, Charondas alle Ausleger, leider aber nicht alle Ausgaben, angenommen; vgl. Mühlenbruch in Glück B. 40 S. 399 **not. 56.**

*o*) Accursius spricht hier von einem **secundus effectus**, der in dem Gesetze aufgestellten Regel. — Auch Mühlenbruch sieht hierin einen neuen Fall, nämlich den, wenn nicht der väterliche, sondern der Pupillarnachlaß überschwert ist.

Ausführung und rechtliche Begründung des ersten der beiden als möglich hingestellten Fälle gegeben wird; man hat dies aber wohl deshalb übersehen, weil Papinian den zweiten Fall unerörtert liegen läßt. Die Folge jener Zusammenrechnung aller Legate, so, als wären sie in dem ersten Testamente hinterlassen, wobei denn natürlich, wenn sie die Quart der väterlichen Erbschaft überschreiten, der treffende Abzug gemacht wird, kann seyn, daß der Substitut weit mehr hat als diese Quart, nämlich noch das ganze Vermögen, was der Pupill etwa nach des Vaters Tode erwarb; z. B. es hat Jemand 400 im Vermögen, setzt seinen Sohn ein und legirt 200, substituirt den Titius und legirt von diesem 150. Der Sohn erwirbt, nachdem er Erbe seines Vaters geworden ist, durch Schenkung oder Beerbung der Mutter 300, und stirbt dann in der Unmündigkeit. Wenn nun Titius eintritt, so rechnet er also. Von 400 sind 350 legirt, also 50 zu viel; diese werden den beiden Legaten pro rata abgezogen, und nun hat Titius ausser seiner Quart aus der väterlichen Erbschaft noch die ganzen 300, welche das eigne Vermögen des Unmündigen bilden. Diesen Fall hat übrigens Papinian gar nicht näher entwickelt, und zwar, wie Donellus bemerkt, weil der Substitut hier keinen Grund zu klagen hat, und, wird man hinzusetzen müssen, weil den Legataren gegenüber, die sich etwa beklagen könnten, der nämliche Rechtsgrund entscheidet, auf welchen Papinian den zweiten Fall und damit die Regel selbst stützt, nämlich quia pater *de suo* legavit. Jenes Zusammenrechnen kann aber auch gerade die entgegengesetzte Folge haben, nämlich, daß dem Substituten nicht die ganze Quart der väterlichen Erbschaft, ja sogar, daß ihm gar nichts übrig bleibt. Diese Folge muß dann eintreten, wenn sich die väterliche Erbschaft in den Händen des Pupillen verringert hat, so daß, während sie für alle Legate hinreichte, die Erbschaft des Pupillen nicht mehr hinreicht; z. B. Jemand hat 400, und legirt von seinem Sohne 100, von dem Substituten desselben 150; der

Sohn verliert aber 150 durch Brand oder andere Unglücksfälle; hier würden beim Tode des Vaters nach Bezahlung aller Legate noch 150, also mehr als die Quart frei gewesen seyn, beim Tode des Sohnes bleibt aber dem Substituten in Folge jener Zusammenrechnung nichts übrig. Diesen Fall behandelt nun Papinian in dem weitern Fortgange der Stelle von Quid ergo an, um ihn gegen jeden Einwurf rechtlich zu begründen. Wie also, fragt er, wenn die Erbschaft des Pupillen nicht für alle Legate hinreicht, während die väterliche hingereicht haben würde? In dieser Frage bezeichnet der Jurist mithin die faktischen Voraussetzungen genauer, unter denen es kommen kann, daß dem Substituten nichts übrig bleibt, und hieraus geht der Zusammenhang mit dem Vorigen klar hervor. Die Antwort lautet aber so: unbezweifelt muß der Substitut von seinem Viertheile zahlen, weil ja der Vater von seinem Vermögen legirt hat. Der Hauptgedanke dieser Antwort ist klar und auch allgemein anerkannt; der Substitut muß alle die Legate entrichten, für welche die väterliche Erbschaft hinreichend war, die mithin von dem Pupillen selbst hätten entrichtet werden müssen, wenn sie diesem schon auferlegt worden wären. Der Grund hievon ist aber, daß der Vater auch die Legate des Substituten aus seinem eigenen Vermögen, de suo, legirt hat, nicht aus dem Vermögen des Pupillen. Dieser Satz bedarf noch einer etwas genauern Betrachtung. Die Pupillarsubstitution ist bekanntlich ein Testament, was der Vater für sein Kind macht, und der Substitut wird daher auch Erbe des Kindes, so, als ob ihn dieses selbst berufen hätte *p*). Darnach könnte man glauben, auch die Legate, welche diesem Erben des Kindes auferlegt werden, seyen so anzusehen, als wären sie von dem Kinde selbst angeordnet und somit Lasten seines Vermögens. Allein die Gesetze enthalten das Gegentheil; nur das Testament selbst, als solches, d. h. die Erbeinsetzung

---

*p*) pr. J. de pup. subst. l. 2 pr. §. 1, 5 l. 3 D. eod.

macht der Vater für sein Kind, die Legate dagegen macht er für sich. Diesen Grundsatz, welchen Papinian in den Worten **quoniam pater de suo legavit**, ausdrückt, haben die Gesetze in folgenden Anwendungen durchgeführt. Es ist bekannt, daß nur derjenige onerirt werden kann, der von dem Onerirenden auch honorirt ist *q*), oder wenigstens einen solchen Honorirten beerbt, und somit mittelbar aus dem Vermögen des Onerirenden etwas erwirbt *r*); demgemäß kann denn auch der Pupillarsubstitut nur unter der Voraussetzung mit Legaten belastet werden, daß entweder der Pupill eingesetzt ist, und der Substitut dadurch mittelbar aus dem väterlichen Vermögen erwirbt, oder daß, wenn der Pupill exheredirt ist, der Pupillarsubstitut zum Erben des Vaters selbst ernannt ist *s*). Ebenso bekannt ist es, daß ein Accrescenzrecht nur unter solchen Legataren statt finden kann, welchen dieselbe Sache in demselben Testamente hinterlassen *t*); demgemäß findet aber Accrescenzrecht statt, wenn zweien dieselbe Sache von dem Pupillen und dessen Substituten hinterlassen ist *u*). Fragen wir nun aber, warum die Gesetze die dem Substituten auferlegten Legate nicht auch als im Namen des Pupillen angeordnet betrachten, so dürfte die Antwort leicht gefunden seyn. Die Beerbung ist ein allgemeines Bedürfniß der Rechtsordnung, die Anordnung der Legate niemals; wie es daher nur eine gesetzliche Erbfolge,

---

*q*) **l. 1 §. 6 D. de leg. III.**

*r*) **l. 5 §. 1 l. 6 pr. D. eod.**

*s*) **l. 92 §. 2 l. 93. l. 94 D. de leg. I. l. 10 l. 11 §. 8 D. ad leg. Falc. l. 24 C. de legatis.**

*t*) **l. 16 D. quib. mod. ususfr.** — Noch eine andere Anwendung enthält **l. 7 §. 5 D. quando dies legat.**

*u*) **l. 41 §. 6 D. de subst.**, in dieser Stelle gebraucht Papinian selbst dieses Accrescenzrecht als bestätigendes Argument für die vereinte falcidische Rechnung. — **l. 34 §. 10 D. de leg. I.**

nicht auch gesetzliche Legate giebt *v*), so hat das Gesetz, als es das Bedürfniß fühlte, dem Vater das Testiren für sein Kind zu erlauben, diese Erlaubniß auf die Berufung eines Erben beschränkt *w*).

So einig man nun auch im Ganzen darüber ist, daß Papinian zum Nachtheile des Substituten die Zusammenrechnung vorschreibt, so streitet man doch sehr darüber, wie weit dieser Nachtheil reicht, und wie deßhalb die Worte **de suo quadrante dabit** zu verstehen seyen. — Die Glosse erklärt diese Worte so: **de eo, quod tempore mortis videbatur habiturus**, also von der Quart, welche bei dem Tode des Vaters frei war, aber durch die spätere Verringerung des Vermögens beeinträchtigt wurde. Nach dieser Erklärung ist also nicht, wie man durch das Wort **suo** zu glauben veranlaßt werden könnte, die Quart aus der Hinterlassenschaft des Pupillen, sondern die aus der väterlichen Erbschaft gemeint, also eigentlich die Quart des Pupillen, die auf den Substituten als dessen Erben übergeht. Deßhalb wohl will Roßhirt S. 533. **not. 1.** unter Berufung auf Goveanus *x*) das **suo** ganz streichen; eine viel einfachere Emendation in diesem Sinne wäre aber offenbar zu lesen **de sui quadrante**. Dagegen haben andere Ausleger diese ganze Auffassung als unjuristisch angegriffen, indem sie sagen, der Substitut müsse zufolge der von Papinian ausgesprochenen Zusammenrechnung der Legate im Falle der spätern Verringerung der Erbschaft diejenigen Le-

---

*v*) Die einzige Ausnahme bildet der Erwerb des **socius liberalitatis principalis**.

*w*) Ein weiterer Grund hiefür wäre es, wenn man mit Manchen wegen **Gaj. II, 181. l. 8 §. 5 D. de inoff. test.** als die **ratio** der Pupillarsubstitution das Bestreben annehmen wollte, den Pupillen gegen Lebensnachstellungen der Intestaterben sicher zu stellen.

*x*) Nach der Angabe der ältern Juristen will Goveanus gerade umgekehrt das **quadrante** streichen. —

gate, für welche die väterliche Erbmasse hinreichend war, nicht blos von der Quart, also soweit noch etwas aus der väterlichen Erbschaft auf ihn komme, sondern unbedingt, also auch aus eignem Vermögen bestreiten, und deßhalb sey das Wort quadrante als ein unkluges Glossem ganz wegzustreichen *y*); dafür sey auch der Schluß der Stelle, wo Papinian den scheinbaren Einwand, als müsse darnach der Substitut über den Betrag des Vermögens für Legate haften, aufwerfe und widerlege. Diese Ansicht ist aber von Cujacius ad h. l. und obs. IV, c. 34, dem auch Carvalho §. 94. beitritt, verworfen worden, theils weil bekanntlich kein Erbe über den Betrag der Erbschaft hafte, theils weil auch die Basiliken mit der Leseart de suo quadrante übereinstimmen, indem sie zufolge der Nov. Just. de triente et semisse lesen *ἐκ τοῦ οἰκείου τρίτου*; demgemäß, meint Cujacius, seyen die Worte ultra vires patrimonii im Schlusse der Stelle für gleichbedeutend mit ultra dodrantem zu nehmen, und ebenso in l. 73. pr. D. ad leg. Falc. der Ausdruck solida legata mit Accursius so zu erklären, sine ulla deductione Falcidiae, also soweit die Erbschaft reicht. In der Mitte zwischen Goveanus und Cujacius stehen endlich Duaren und Donellus *yy*); sie nehmen an, daß der Substitut nöthigenfalls auch aus eignem Vermögen, oder dem übrigen Vermögen des Pupillen die Legate entrichten müsse, wofür sie sich gerade auf l. 73. pr. D. cit. berufen, betrachten aber gleichwohl die Leseart de suo quadrante als richtig, indem sie meinen, Papinian habe nur deßhalb blos von der Quart gesprochen, weil er vorausgesetzt habe, daß das Vermögen nicht gänzlich verloren gegangen sey.

Von diesen verschiedenen Auffassungen ist die des Do-

---

*y*) Papillonius l. c. mit Berufung auf Goveanus ad h. l. — Bernstorff §. 37 mit Berufung auf Goveanus.

*yy*) Ihm tritt auch Mühlenbruch l. c. not. 60 bei. —

nellus gewiß die richtige. Die l. 73. D. cit. hat Accursius und Cujacius entschieden falsch erklärt; sie stellt die beiden Fälle, si non plus quam septuaginta quinque vel etiam minus relinquatur, sich ganz gleich, und will in beiden solida legata geleistet wissen, was ohne Zwang nicht anders verstanden werden kann, als die Legate ihrem ganzen Betrage nach. Dies fordert aber auch, consequent angewendet, der Grundsatz, daß bei der Berechnung lediglich auf die Zeit des Todes gesehen werden müsse, und die spätere Mehrung oder Minderung ohne allen Einfluß sey, welchen Grundsatz die l. 73. cit. allgemein, und die später noch genauer zu betrachtende l. 79. D. eod. speciell für unsern Fall aussprechen. Endlich ist nur bei dieser Auffassung unsere l. 11. §. 5. cit. in sich consequent, und auch ihr Schluß vollkommen verständlich.

Papinian macht nämlich zuletzt gegen seine Entscheidung noch einen Einwand, und zwar den, daß aus keinem Testamente Legate über die Kräfte des Vermögens entrichtet zu werden brauchen. Dieser Satz scheint durch die obige Entscheidung verletzt zu seyn, indem ja der Substitut an Legaten mehr entrichten soll, als er durch Beerbung des Pupillen erhalten hat. Der Einwand wird aber von dem Juristen dadurch beseitigt, daß in dieser Rechtsfrage die Legate des zweiten Testamentes so angesehen werden müßten, als wären sie in dem ersten unter einer Bedingung hinterlassen, ein Satz, welcher als eine consequente Folge aus dem pater de suo legavit erscheint. Wenn nun Cujacius diesen Einwand so auffaßen will, daß niemand über drei Viertheile der Erbschaft zu zahlen braucht, so ist dies nicht blos an sich gezwungen, sondern auch gegen die Gesetze; denn denselben Rechtssatz drückt Ulpian in l. 1. §. 17. D. ad S. C. Treb. ganz deutlich so aus, neminem oportere plus legati nomine praestare, quam ad eum ex hereditate pervenerit, quamvis Falcidia cesset, worin der beste Commentar des ultra vires patrimonii enthalten ist *).

Das Resultat des ganzen Gesetzes ist also dieses: Die Legate welche dem Pupillen, und die, welche dem Substituten auferlegt sind, werden zusammengerechnet, als habe sie der Vater alle seinem eigenen Erben auferlegt, und nach allen die Falcidia einmal berechnet. Hierin liegt denn zugleich noch zweierlei, was Papinian nach seiner kurzen Ausdrucksweise nicht besonders hervorgehoben hat, nämlich, daß bei der ganzen Berechnung nur auf die Zeit des Todes des Vaters und nur auf das Vermögen des Vaters Rücksicht genommen wird. Diese beiden Sätze enthält denn auch eine andere Gesetzesstelle, welche dadurch Papinian's Entscheidung, und die hier vertheidigte Erklärung derselben durchaus bestätigt. Es ist dies **l. 79. D. ad leg. Falc.**

**Gajus lib. 18. ad Edictum Provinciale.**

**In duplicibus testamentis sive de patrimonio quaeramus, ea sola substantia spectatur, quam pater, cum moreretur, habuerit; nec ad rem pertinet, si post mortem patris filius vel adquisierit aliquid vel deminuerit: sive de legatis quaeramus, tam ea, quae in primis, quam ea, quae in secundis tabulis relicta sunt, in unum contribuuntur, tanquam si et ea quae a filii herede reliquisset testator, a suo herede sub alia conditione legasset.**

Dieses Gesetz ist so klar, und stimmt mit Papinian's Stelle *a*) in Entscheidung und Grund so genau zusammen, daß es jeden Zweifel beseitigt. Insbesondere stellt es die Erklärung des Cujacius als völlig irrig dar, indem es ausdrücklich sagt, es komme auf die spätere Mehrung oder Minderung des Vermögens gar nichts an, wodurch offen=

---

*z*) Ebenso in **l. 17 §. 2 D. ad S. C. Trebell. l. 23 i. f. D. quae in fraud. cred. l. 12 C. de test. mil.**

*a*) Papinian selbst wiederholt seinen Satz in **l. 11 § 6 u. 7 D. h. t.** und in **l. 41 §. 6 D de substit.**, welche später betrachtet werden müssen.

bar auch jede Rücksicht auf den spätern Betrag der Erbschaft des Pupillen ausgeschlossen ist.

Der gemeinschaftliche Entscheidungsgrund der beiden Gesetze ist also der, daß die Legate des zweiten Testamentes so anzusehen seyen, als wären sie dem Pupillen selbst unter einer Bedingung auferlegt. Diese Annahme hat aber noch weitere Folgen, welche weder von Papinian noch von Gajus, wohl aber in andern Gesetzen angegeben werden, und so die vollständige Harmonie der römischen Juristen in dieser Lehre beweisen. Es ist bekannt, daß, wenn einem Erben unbedingte und bedingte Legate auferlegt sind, über die Anwendung der **lex Falcidia** auf die letztern bei den Römern verschiedne Ansichten herrschten; einige wollten das bedingte Legat zu dem Betrage in die Rechnung bringen, zu welchem es verkauft werden konnte, andere, und diese Ansicht drang durch, lassen die bedingten Legate zunächst ganz außer Rechnung, geben aber dem Erben das Recht, von den Legataren, welchen er jetzt die unbedingten Legate ungeschmälert auszahlt, Caution dafür zu fordern, daß sie im Falle des Eintritts der Bedingungen der übrigen Legate und der dadurch bewirkten Verletzung der Quart den sie treffenden Antheil des falcidischen Abzuges zurückzahlen wollen *b*). Das Nämliche muß mithin folgerechterweise in unserm Falle gelten, und in der That sprechen dies auch Pomponius, Ulpian und Paulus ganz übereinstimmend aus *c*), indem sie dabei die Zusammenrechnung der Legate des Pupillen und des Substituten geradeso vorschreiben, wie Gajus und Papinian. Nach diesen Gesetzen kann der Pupill, **resp.** seine Vormünder für ihn, bei Auszahlung der Legate Caution fordern für die Rückzahlung, welche etwa wegen der Legate des Pupillartestamen-

---

*b*) l. 45 §. 1 l. 53 l. 73 §. 2. D. ad leg. Falc. l. 1 pr. §. 7 D. si cui plus. Cujacius ad l. 45 cit. T. V pag. 765. Carvalho §. 119 sq.

*c*) l. 1 §. 12 l. 31 D. ad leg. Falc. l. 1 §. 1 u. 2 D. si cui plus.

tes, es mögen diese schon bekannt seyn oder nicht, nothwendig werden könnte; diese Caution kommt dem Erben des Pupillen zu gute und, wenn die Vormünder des Pupillen es unterlassen haben, jene Caution zu fordern, so kann sie der Erbe des Pupillen mit der **actio tutelae directa** auf Schadensersatz belangen.

Nach den bisher entwickelten Sätzen kann es denn auch gar nicht zweifelhaft seyn, wie ein Fall zu entscheiden ist, den die Gesetze eben seiner Einfachheit wegen nicht besonders hervorheben, nämlich der, wenn dem Pupillarsubstituten selbst keine Legate auferlegt sind, sondern nur dem Pupillen, dieser aber sie nicht entrichtet hat. Hier kann es keinen Zweifel leiden, daß der Substitut die Legate nur als Schulden seines Erblassers zu entrichten hat, und somit zu einem Abzuge nur dann berechtigt ist, wenn es der Pupill selbst war. Gleichwohl meint Roßhirt S. **534 not. 1**, es bleibe dies zweifelhaft, wenn die verringerte Masse dem Substituten die Quart nicht frei lasse. Allein wenn nach den bisherigen Ausführungen der Substitut sogar die ihm selbst auferlegten Legate ohne Rücksicht auf die Verringerung der Masse deshalb ganz entrichten muß, weil sie so angesehen werden, als wären sie auch dem Pupillen auferlegt, so muß dies doch gewiß von den wirklich dem Pupillen auferlegten Legaten unbezweifelt angenommen, oder alle logische Consequenz des Rechtes aufgegeben werden.

Es ist bis jetzt festgestellt worden, daß im Verhältnisse des Pupillen und Pupillarsubstituten nicht ein Zusammenrechnen zweier Portionen, wohl aber sämmtlicher Legate *d*) zu einmaliger Berechnung der Quart aus der väterlichen Erbschaft im Momente des Todes des Vaters stattfindet. Dieser nämliche Satz gilt aber auch dann, wenn der Pupill mehrere Substituten erhalten hat, wobei dann nur nach der allgemeinen Regel der **l. 77 D. ad leg. Falc.** jeder Substitut seine Portion für sich allein ins Auge faßt. Diese

---

*d*) Carvalho §. 92. Papillonius **cap. VIII.**

Sätze sind in mehreren sehr interessanten Gesetzen entwickelt, welche nun genauer betrachtet werden müssen.

Die einfachste und klarste Anwendung macht davon Gajus in l. 80 pr. D. ad leg. Falc.

**Si is, qui quadringenta in patrimonio habebit, filio impubere herede instituto, ducenta legaverit, eique Titium et Sejum heredes substituerit, et a Titio centum legaverit: videamus, quid juris sit, si nondum solutis legatis pupillus decesserit, et ob id ea legata utrique debent? Solus heres Titius utetur Lege Falcidia; cum enim ducenta ex hereditate pupilli ad eum pertineant, ducenta legatorum nomine debet, centum ex ducentis, quae pupillus debebat, et centum, quae ipse dare jussus est; itaque ex utraque quantitate quarta deducta habebit quinquaginta. In persona vero Seji Lex Falcidia non intervenit, cum ad eum ex hereditate pupilli ducenta pertineant, et debeat legatorum nomine centum ex ducentis, quae a pupillo relicta sunt. Quod si pupillus solvat legata, debent curare tutores pupilli, ut caveant legatarii.**

Der Fall dieses Gesetzes ist folgender. Es hinterläßt Jemand 400, setzt seinen unmündigen Sohn zum Erben ein und giebt ihm auf, ein Vermächtniß von 200 zu entrichten; für den Fall seines Todes in der Unmündigkeit bestimmt er den Titius und Sejus zu dessen Erben, und legirt dann von Titius noch 100. Der Sohn stirbt, nachdem er Erbe seines Vaters geworden ist, ohne die ihm auferlegten Legate entrichtet zu haben, und wird von den beiden Substituten beerbt, die mithin auch die Legate des Pupillen zu zahlen haben. Es fragt sich nun, ob ein Falcidischer Abzug stattfindet? Wollte man sich schlechthin an die oben ausgeführte contributio mit Rücksicht auf die Zeit des Todes des Testators halten, so wäre die Frage zu verneinen, da alle Legate beider Testamente zusammen nur 300 betragen, also die Quart frei bleibt. Gajus entscheidet aber anders;

er trennt die zwei Substituten gerade so, wie in l. 77 eod. zwei Erben, und sagt, Titius dürfe die Quart abziehen, Sejus aber nicht, und zwar aus folgenden Gründen. Titius erhält, sagt er, 200 aus der Erbschaft des Pupillen. Dieser Ausdruck ist etwas äußerlich; es soll damit eigentlich gesagt werden, Titius erhalte die Hälfte der Erbschaft des Pupillen, somit auch des Vaters, und diese betrage 200. Deshalb, fährt der Jurist fort, schuldet Titius auch 200 als Legate, nämlich die Hälfte der Legate des Pupillen, welche pro rata seines Erbtheils auf ihn übergehen, also 100, und seine eigenen Legate, die auch 100 betragen. Sonach darf er die Quart ex utraque quantitate abziehen, d. h. nach der Glosse von den genannten 200, oder deutlicher gesagt, von den beiden Legaten, und behält dann 50, d. i. die Quart der ihm gegebenen Hälfte der väterlichen Erbschaft. Sejus dagegen darf nichts abziehen, weil er gerade so viel erhält, wie Titius, im Ganzen aber nur 100 Legate zu zahlen hat, welche von dem Pupillen auf ihn übergegangen sind. — Bei dieser ganzen Entscheidung nimmt Gajus auf das etwaige eigene Vermögen des Pupillen keine Rücksicht, stellt alles auf den Bestand der väterlichen Erbschaft, weshalb er denn auch für den Fall, daß der Pupill seine Legate zahlt, die Vormünder verpflichtet, die oben erörterte Caution zu fordern, und zeigt somit klar, was auch noch durch die Anreihung der Stelle an die l. 79 D. h. t. bestätigt wird, daß die Berechnung auch bei mehrern Substituten so zu machen ist, als wären die ihnen besonders auferlegten Legate schon im väterlichen Testamente hinterlassen, d. h. als wäre schon dort die Theilung der Legate nach verschiedenen Erbportionen gemacht. Eben deshalb muß aber auch hier, wie bei einem einzigen Pupillarsubstituten, der Satz gelten, daß die spätere Mehrung oder Minderung des Vermögens ohne Einfluß bleibt, und man darf daher den in unserer l. 80 zweimal vorkommenden Entscheidungsgrund, cum ex hereditate pupilli ducenta ad eum pertineant, nicht so auslegen, als müsse die Entschei=

scheidung anders lauten, wenn etwa der eine der Substituten quantitativ weniger oder mehr aus der Pupillenerbschaft erhielte; jener Ausdruck soll vielmehr nur sagen, daß jeder Substitut auf die Hälfte berufen ist, und daß die Hälfte der väterlichen Erbschaft 200 betrug; diese sind juristisch jedenfalls auf den Substituten gekommen, wenn sie auch faktisch verringert seyn sollten.

Im Wesentlichen denselben Fall, wie Gajus in dem eben betrachteten Gesetze, behandelt Papinian in l. 11 §. 6 D. h. t., aber ohne Angabe von Namen und Zahlen, und überhaupt nicht so klar und einfach, wohl aber tiefer und schärfer. Dieses berühmte und berüchtigte Gesetz lautet also:

Si filio suo duos substituerit, et alterius portionem oneraverit: tractari solet, an ex persona sua Falcidiam possit inducere substitutus, quam pupillus non haberet, vel unus pupilli substitutus? et facile quis dixerit consequenter prioribus, quae de patrimonii ratione dicta sunt, non esse Falcidiae locum: et ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Sed verior est diversa sententia perinde huic quartam relinquendam existimantium, atque ita si patri heres exstitisset, ut enim opes patris et contributio legatorum inde capiunt et formam et originem, ita plures substituti, subducta persona pupilli, revocandi sunt ad intellectum institutionis. Quid tamen dicemus de altero substituto, qui non est oneratus: si forte nondum legata pupillus a se relicta solvit, et aliquid ultra dodrantem sit: in omnibus et ipsum Falcidiam habiturum? At quin quartam habet: neque idem patiatur instituti comparatio; rursus si negemus, aliud aperte, quam quod vulgo probatum est, respondetur. Itaque varietas existet: ut is quidem, qui proprio nomine oneratus est, velut institutus desideret quartam; alter autem, qui non est oneratus, ut substitutus, licet portio

largiatur ejus, non in solidum conveniatur propter calculi confusionem. Huic consequens est, ut si pupillo de Falcidia cautum fuit, duobus committatur stipulatio: videlicet in eam quantitatem, quam unusquisque sibi retinere potuisset.

Diese Stelle, welche Duaren für die schwierigste des ganzen Civilrechtes hält, ist schon von Vivianus in der Glosse richtig aufgefaßt, und später von Donellus am besten erklärt worden. Die vielfachen Schwierigkeiten, auf welche die übrigen Ausleger gestoßen sind, rühren vorzüglich von zwei Irrthümern her. Zunächst haben sie den Ausdruck onerare in diesem Gesetze falsch verstanden; dieser bedeutet nämlich hier nicht blos im Allgemeinen, mit Legaten beschweren, sondern er hat hier den speciellen Sinn der lex Falcidia, mit Legaten über drei Viertheile der Portion beschweren, also überschweren; und zwar nicht blos am Schlusse des Gesetzes, wie auch Duaren zugiebt, sondern schon im Anfange muß das Wort in diesem Sinne genommen werden, wie es auch von Vivianus, Cujacius *e*) und Donellus *f*) geschehen ist. Sodann aber haben sie übersehen, daß Papinian sich seinen Rechtsfall nicht in dem ganzen Gesetze durchaus gleich denkt, daß vielmehr in der zweiten Hälfte mit den Worten Quid tamen dicemus eine Modifikation in der Weise eintritt, daß nun auch der Pupill und der zweite Substitut als mit Legaten beschwert, oder doch die diesem zweiten Substituten zur Last fallenden Legate nun größer gedacht werden, als in der ersten Hälfte des Gesetzes. Dieses Uebersehen theilt selbst Cujacius, der im Uebrigen das Gesetz richtig erklärt, und nur Vivianus und Donellus haben dies wohl beachtet.

Der Fall, welchen Papinian betrachtet, wird von ihm ganz kurz so angegeben: Es hat Jemand seinem Sohne

---

*e*) in quaest. Pap. ad h. l. T. IV. p. 707—710.

*f*) in app. ad lib. VIII. c. 23 pag. 31—37.

zwei Substituten gegeben, und die Portion des einen onerirt. Daß hier an die Pupillarsubstitution zu denken sey, geht schon aus dem Zusammenhange mit dem §. 5 desselben Gesetzes hervor, und ist später in der Stelle selbst ausdrücklich gesagt. Was die Legate anlangt, so erwähnt der Jurist nicht, daß dem Pupillen selbst welche auferlegt sind, oder daß in dem Pupillartestamente von beiden Substituten legirt ist; es ist daher auch das einfachste anzunehmen, daß der Pupill sowohl, als der eine Substitut ganz unbelastet sind; jedenfalls müssen aber ihre Legate, wenn man doch solche annehmen will, nur in einem solchen Betrage gedacht werden, daß durch sie eine Verletzung der Quart in keiner Weise eintritt. Dagegen ist die Portion des andern Substituten onerirt, d. h. in dem Pupillartestamente sind ihm so viele Legate auferlegt, daß dadurch das Viertheil seiner Portion, mithin der Hälfte der väterlichen Erbschaft, verletzt wird. Setzen wir also, das Vermögen beträgt 400; von dem Sohne ist nichts, oder etwa 20 legirt; Titius und Sejus sind substituirt, und von Titius sind 200, von Sejus dagegen nichts, oder etwa nur 50 legirt. — Der Unterschied dieses Falles von dem, welchen Gajus in l. 80 D. h. t. behandelt, besteht also darin, daß bei Gajus der Substitut Titius nicht durch die ihm namentlich auferlegten Legate in seiner Quart verletzt ist, sondern erst durch das Hinzukommen derjenigen Legate, welche von dem Pupillen auf ihn übergehen, während in der l. 11 §. 6 cit. der Substitut als solcher, proprio nomine, über die Quart onerirt ist. Eben deshalb ist es auch wahrscheinlicher, daß sich Papinian den Pupillen selbst ohne alle Legate gedacht hat.

Die Rechtsfrage, welche der Jurist aufwirft, ist, ob der onerirte Substitut, Titius, einen Anspruch auf die Quart machen kann. Diese Frage stellt er aber so, daß schon in ihrer Fassung zwei Zweifelsgründe gegen ihre Bejahung liegen, nämlich, daß der Pupill selbst keinen Abzug hätte machen können, und daß ein solcher auch dann nicht

würde stattfinden können, wenn nur ein Substitut da wäre. Der Pupill selbst hatte keinen Anspruch auf einen Abzug, weil ihm keine oder nur unbedeutende Legate auferlegt waren, und selbst, wenn alle Legate des zweiten Testamentes auch von dem Pupillen hinterlassen worden wären, würde er nichts haben abziehen dürfen, weil sämmtliche Legate zusammen drei Viertheile der väterlichen Erbschaft nicht übersteigen. An diese Zweifelsgründe anknüpfend, führt sodann Papinian aus, in welcher Weise man die Verneinung der von ihm aufgeworfenen Frage zu begründen versuchen könnte. Leicht könnte Jemand, meint er, behaupten, in Folge der über die Berechnung des Vermögens aufgestellten Sätze müsse der Falcidische Abzug wegfallen, und über den Betrag der Portion müsse der andere Substitut belangt werden. Hier ist nun jedenfalls so viel klar, daß die Verweisung auf die früher aufgestellten Sätze auf den Inhalt des vorausgehenden §. 5 desselben Gesetzes zu beziehen ist. Dort ist nämlich gesagt, daß alle Legate des Pupillen und seines Substituten mit dem Bestande des väterlichen Vermögens zu vergleichen seyen (ratio patrimonii); geradeso könnte also behauptet werden, müsse es auch hier geschehen, und somit die Falcidie wegfallen. Dieser Gedanke ist mithin derselbe, den ich oben bei Erklärung der l. 80 D. h. t. als Einwand aufgestellt habe, und nicht sowohl ein dritter Zweifelsgrund Papinian's, wie Vivianus meint, sondern nur die Begründung der beiden schon in die Frage selbst gelegten, insbesondere des zweiten derselben. Sehr bestritten ist es nun aber, was Papinian mit den Worten sagen wolle, ultra vires portionis conveniendum alterum substitutum. Accursius erklärt das ultra vires geradeso, wie in dem §. 5 dieses Gesetzes und in l. 73 pr. D. h. t., nämlich mit ultra dodrantem. Das Resultat wäre hiernach, daß der überlastete Substitut Titius nur ¾ der ihm auferlegten Legate zu zahlen brauchte, das letzte ¼ aber von seinem Miterben Sejus getragen werden müßte. Allein, wenn gleich hiernach die Legatare nichts

verlieren würden, wodurch wohl Accursius den Worten **non esse Falcidiae locum** genügt zu haben glaubt, so ist doch diese Erklärung offenbar falsch, weil nach ihr der Substitut Titius ja gerade den Abzug eines Viertheils seiner Portion machen würde, dessen Verneinung hier Papinian begründen will. Deßhalb bezieht Cujacius, der das **ultra vires** auch mit **ultra dodrantem** erklärt, die Worte **alterum substitutum** auf eben den Substituten, dessen Portion überschwert ist, den Titius, und paraphrasirt den ganzen Satz also: **Ergo Falcidia uti non potest, et convenietur ultra vires portionis suae, id est, praestabit integra ducenta, quae ex hereditate pupilli ad eum pervenerunt** *g*). Allein abgesehen von der schon oben nachgewiesenen Unrichtigkeit dieser Auffassung des **ultra vires** ist es doch gewiß gegen alle Regeln der Sprache, das Wort **alterum** auf dasselbe Subjekt zu beziehen, von dem unmittelbar vorher die Rede war, und dem es bekanntlich gerade entgegengesetzt wird. Deßhalb kann auch die Auffassung des Donellus **pag. 32** nicht gebilligt werden, der zwar das **ultra vires** richtig erklärt, aber das **alterum** geradeso nimmt, wie Cujacius. Zwar könnte man zur Unterstützung dieser Auffassung noch anführen, Papinian könne doch auf keinen Fall, auch nicht einmal als Einwand, behaupten wollen, daß ein Erbe Legate zu zahlen habe, welche nicht ihm, sondern seinem Miterben auferlegt sind, wozu die Beziehung des **alterum** auf den andern Substituten führe; allein diese Behauptung erscheint allerdings als consequente Folgerung aus der Berechnungsweise, welche Papinian dieser seiner ersten Argumentation zu Grunde legt; er geht ja gerade davon aus, daß nur die Verhältnisse zur Zeit des Todes des Vaters ins Auge gefaßt, und deßhalb nicht beachtet werden dürfe, ob ein oder mehrere Substituten berufen seyen; in Folge davon müßten

---

*g*) in Pap. quaest. ad h. l. T. IV. p. 108.

aber allerdings die sämmtlichen Substituten gegenseitig für ihre Legate einstehen. Die Erklärung des Donellus würde überdies, um das ultra vires nicht bedeutungslos seyn zu lassen, annehmen müssen, daß sich die Erbschaft nach dem Tode verringert habe, was nicht blos in dem Gesetze nirgends angedeutet ist, sondern auch dem ganzen Satze seine Schärfe als Einwand rauben würde, da ja in diesem Falle der Verringerung die Haftung ultra vires auch nach der Ansicht eintreten muß, welche Papinian nachher für die richtige erklärt. Nach dem Allen ist nur die Auffassung des Vivianus die richtige *h*), wornach die fraglichen Gesetzesworte sagen, soweit etwa *i*) die den einen Substituten treffenden Legate dessen Portion, also die Hälfte der Erbschaft des Vaters übersteigen, müsse sie der andere Substitut, der auf seine Portion keine, oder nur unbedeutende Legate hat, entrichten. Auf unser obiges Beispiel angewendet, würde also die Ansicht, welche Papinian hier als möglich anführt, folgendes Resultat liefern. Da alle Legate beider Testamente zusammen nur 200 oder 270 betragen, so kann von einem Falcidischen Abzuge keine Rede seyn; Titius hat aber auf eignen Namen 200, und von den Legaten des Pupillen 10 zu zahlen; da nun seine Portion nur 200 beträgt, so werden die 10 gegen Sejus eingeklagt, und dieser zahlt somit im Ganzen 70.

Diese bisher als möglich ausgeführte Entscheidung der aufgeworfenen Frage verwirft nun aber Papinian mit den Worten Sed verior est diversa sententia, und entscheidet, es müsse dem überlasteten Substituten die Quart geradeso bleiben, als wenn er Erbe des Vaters geworden

---

*h*) Die übrigen Schriftsteller lassen diese Worte ganz unberührt.

*i*) Man muß sich also zur Erklärung des ultra vires entweder den Pupillen selbst als etwas onerirt, oder die eignen Legate des Substituten größer, als seine Portion, z. B. in unserm obigen Falle 220 denken, wo dann gegen Sejus 20 eingeklagt würden.

wäre. Bei dieser Periode sind zunächst zwei sprachliche Bemerkungen zu machen. Es könnte nämlich das Wort huic Anstoß erregen, weil unmittelbar vorher der alter substitutus genannt ist, und man könnte hieraus wieder die oben verworfne Beziehung des alter auf den überlasteten Substituten vertheidigen wollen; allein die Antwort ist naturgemäß auf die Frage zu beziehen, und in dieser ist der onerirte Substitut das Subjekt; also geht das huic nicht auf alterum, sondern possit inducere *substitutus*, wie auch schon Accursius bemerkt hat. Statt der Worte perinde atque ita si, welche sich in allen Ausgaben finden, lesen Duarenus und Donellus ohne Angabe eines Grundes perinde atque si ita; beides ist sprachlich richtig, da in Vergleichungen das ita neben dem si oder ut vorkommt, und bald vor, bald nachsteht; aber die Lesart der Ausgaben ist offenbar logisch schärfer, indem der Vergleichungspunkt das Freilassen der Quart ist, nicht das Beerben, und somit der Gedanke ergänzt so lauten muß, perinde relinquendam, atque ita relinqueretur, si—. Wenden wir uns nun zu Papinian's Entscheidung, so sagt er, es müsse dem Substituten die Quart geradeso bleiben, als wenn er Erbe des Vaters geworden wäre. Was diese Vergleichung will, ist klar; wären die beiden Substituten statt des Pupillen im väterlichen Testamente instituirt, oder als Vulgarsubstituten des Pupillen Erben des Vaters geworden, so würde nach der Regel der l. 77 D. h. t. jeder sich die Quart aus seiner Portion berechnet haben. Dasselbe soll nun hier gelten, und somit der Satz in singulis heredibus rationem legis Falcidiae componendam auch auf die Pupillarsubstituten Anwendung leiden. Papinian fügt aber auch in den Worten ut enim opes bis institutionis den Grund seiner Entscheidung hinzu, der jedoch den Exegeten neue Schwierigkeiten bereitet hat.

Uebersetzen wir diese Periode wörtlich, so sagt sie: denn wie das Vermögen des Vaters und die Zusammenrechnung der Legate von dort her Form und Anfang erhalten, so

müssen mehrere Substituten, mit Beseitigung der Person des Pupillen, auf den Gesichtspunkt der Einsetzung zurückgeführt werden. Die Glosse meint, der Ausdruck opes patris bedeute das Testament, welches der Vater über sein Vermögen, de opibus suis, gemacht habe, und folgeweise auch die opes pupillares; denn beide erhielten zugleich Kraft; sie bekämen ihre Form so, daß der Vater zuerst für sich, dann für den Sohn testire, und ihren Ursprung, weil das Pupillartestament nur dann gelte, wenn der Vater auch für sich testire. — Ganz anders faßt die Sache Cujacius pag. 708 i. f. Er nimmt opes patris für das Vermögen des Vaters, und meint, dieses bekomme seine Form aus dem ersten Testamente, die Form, welche den Dingen zukommt, sobald sie existiren; denn alle Form komme der Materie nach der Angabe der Philosophen schon bei der Erzeugung zu. Diese ursprüngliche Form der Dinge sey aber nichts anderes, als ihr Werth und Preis, und das Vermögen des Vaters werde nach der Form geschätzt, welche es zu der Zeit habe, da das väterliche Testament zu gelten anfange, also zur Zeit des Todes des Vaters. So bekomme denn das ganze Recht der väterlichen Erbschaft, und die Berechnung der Legate beider Testamente ihren Ausgang und Grund vom ersten Testamente, und darum müßten auch die mehrern Substituten so angesehen werden, als wären sie in jenem Testamente eingesetzt. — Wieder anders Donellus p. 33. Er will statt opes lesen opus, welche Lesart sich auch bei Haloander findet, und nennt das opes der Florentina absurd. Denn vor Allem sey es absurd zu sagen, die Güter des Vaters bekämen Form und Ursprung vom Vater; alle Dinge bekämen dies schon von der Natur, aber nicht von ihren Besitzern. Noch absurder sey es, jene Form und Entstehung aus dem Testamente des Vaters herzuleiten, da das Vermögen vor dem Testamente da seyn müsse. Unter dem opus patris will aber Donellus das Pupillartestament verstehen; dieses bekomme Form und Ursprung, d. h. daß es sey und bestehe,

inde d. h. vom Vater, insbesondere aus dessen Testamente, gerade wie die Zusammenrechnung der Legate. — Dagegen verwirft endlich Duarenus §. 16 p. 1243 die Leseart opus ausdrücklich, obgleich ihm die ganze Periode verdächtig erscheint; jedenfalls, meint er, liege hier ein Räthsel Papinian's vor, und er will es dadurch lösen, daß er opes mit patrimonium erklärt, das inde aber auf die in §. 5 des Gesetzes aufgestellte Regel bezieht, und somit den ganzen Satz so erklärt, wie jene alte Regel sich auf das Vermögen und die Berechnung der Legate beziehe, wenn ein Substitut da sey, so könne sie nicht gelten bei mehrern, die vielmehr, wie instituti, zu trennen seyen.

Daß alle diese Erklärungen gekünstelt und mehr oder weniger den Worten des Gesetzes entgegen sind, ist offenbar, und eine einfachere Auffassung dürfte alle Schwierigkeiten beseitigen. Vor Allem muß nun die Lesart opus verworfen werden, da sie die Autorität der M. S. gegen sich hat, und überdies ganz unpassend ist. Nirgends nennen die Quellen ein Testament ein opus, und dann wäre es auch gewiß ein sehr platter hier nichts erklärender Gedanke, daß das Testament seine Form und Geltung vom Testator bekomme, womit denn zugleich die Auffassung der Glosse widerlegt ist. Opes bedeutet hier entschieden das Vermögen, patrimonium. Was sodann den Ausdruck forma anlangt, so darf man ihn nicht auf die einzelnen Sachen beziehen, denn diese bekommen ihre Gestalt allerdings nicht durch ihren Besitzer, am wenigsten aber durch seinen Tod oder sein Testament, sondern man muß an die Form, oder Gestaltung des ganzen Vermögens in seiner Gesammtheit denken. Dieses erhält allerdings seine Gestaltung, forma, und seinen Anfang, origo in der hier in Rede stehenden Bedeutung als Verlassenschaft erst mit dem Tode des Vaters, gerade wie die Berechnung der Legate auf den Moment des Todes gestellt wird. Das inde ist daher auch nicht auf ein bestimmtes einzelnes vorausgehendes Wort, sondern auf den Gedanken des vorausgehenden Satzes at-

que si patri heres exstitisset zu beziehen, folglich auf die Beerbung des Vaters, und deren Grund, den Tod des Vaters, so daß das inde soviel sagen will, als ex morte patris. So gefaßt enthält also der Vordersatz unserer Periode in der kurzen Ausdrucksweise Papinian's dieselben zwei Gedanken, welche Gajus ausführlich in der oben betrachteten l. 79. D. h. t. entwickelt, und nun schließt sich auch der Nachsatz ganz logisch an. Wie nämlich der Bestimmung des Vermögens, computatio, und die Berechnung der Legate, contributio, auf den Moment des väterlichen Todes zurückbezogen wird, so muß es consequent auch mit der dritten Operation gehalten werden, welche die Falcidische Rechnung bildet, mit der Stellung der Erben, und der Anrechnung der einem jeden freibleibenden Portion, imputatio. Deßhalb heißt denn auch das subducta persona pupilli nicht sowohl, wie es alle Ausleger nehmen, nach dem Tode des Pupillen, sondern abgesehen von dem Pupillen, ohne Rücksicht auf ihn. —

Diese Entscheidung Papinian's ist es, aus welcher Papillonius seine 2te u. 3te Regel über die Berechnung der Quart bei der Pupillarsubstitution gebildet hat; allein es ist aus dem bisherigen klar, daß es sich hier nicht um besondere Regeln, sondern nur um die consequente Anwendung der allgemeinen Regel der l. 77. D. h. t. auf Pupillarsubstituten handelt.

Wenden wir uns nun zu dem zweiten mit Quid tamen beginnenden Theile des Gesetzes. Papinian fragt hier, was von dem andern Substituten gelte qui non est oneratus, d. h. wie schon die Glosse durch den Beisatz in secundis tabulis ganz richtig andeutet, der nicht im Pupillartestamente für seine Person überschwert, mit Legaten über $\frac{3}{4}$ seiner Portion beschwert ist. Dabei denkt sich aber Papinian die Verhältnisse dieses Substituten doch wesentlich anders, als in der ersten Hälfte des Gesetzes. In dieser war der Pupill und der zweite Substitut ohne Legate, oder doch nur so belastet, daß die eignen Legate des Substituten,

Sejus, und der Antheil, der ihn aus den Legaten des Pupillen traf, zusammengenommen nicht einmal $\frac{3}{4}$ der halben Erbschaft erreichten, so daß es als möglich gedacht werden konnte, der Substitut müsse mit dem, was ihm über die Quart seiner Portion blieb, die Legate seines Miterben, Titius, soweit sie dessen Hälfte überstiegen, bezahlen. Daß sich Papinian jetzt die Verhältnisse des zweiten Substituten, Sejus, anders denke, geht schon daraus hervor, daß sonst die Frage, ob auch er die Quart abziehen dürfe, nicht aufgeworfen werden könne. Der Jurist giebt aber auch noch ausdrücklich an, wie er sich den Fall denkt, indem er in den Worten **si forte — habiturum** hinzusetzt, die Frage, ob auch dieser zweite Substitut die Quart abziehen dürfe, entstehe dann, wenn der Pupill die von ihm hinterlassenen Legate nicht bezahlt habe, und **aliquid ultra dodrantem sit in omnibus** *k*), d. h. durch den Uebergang der halben Legate des Pupillen auf den Substituten zusammengenommen mit den eigenen Legaten des Substituten in der so entstehenden Gesammtheit der Legate, **in omnibus**, eine Ueberschreitung der $\frac{3}{4}$ der dem Substituten zukommenden Erbportion liege. Man muß sich also nun jedenfalls den Pupillen und den Substituten als belastet denken *l*), und entweder die Legate des Pupillen, oder die des Sub=

---

*k*) Unsere Ausgaben ziehen gewöhnlich die Worte **in omnibus** zu der im Nachsatze enthaltenen Frage, welche dann so lautet, ob der Substitut von allen Legaten die Falcidia habe. Der Sinn ist im Ganzen derselbe; aber es scheint mir logischer, das **in omnibus** zum Vordersatze zu ziehen, und es kann dies, wie schon die Glosse bemerkt hat, unbedenklich geschehen, da die Interpunction in dem **M. S.** fehlt.

*l*) Ganz irrig faßt diesen Fall Bernstorff §. 39, indem er sich den Substituten selbst ohne alle Legate denkt, und ihm den Abzug nur deßhalb gestattet, weil die vom Pupillen auf ihn übergehenden Legate ihm nicht die Quart der ganzen väterlichen Erbschaft übrig lassen!

stituten als größer, als im Anfange des Gesetzes annehmen; also, um zu unserm obigen Beispiele zurückzukehren, von dem Pupillen sind 20, von Sejus aber 148, oder von Sejus sind zwar nur 50, vom Pupillen aber 220 legirt; im ersten Falle treffen den Sejus im Ganzen 158, im zweiten 160 Legate, es sind also dort 8, und hier 10 über die ¾ seiner nur 200 betragenden Portion ihm auferlegt. Der Unterschied, welchen Papinian zwischen seinen beiden Substituten macht, besteht also darin, daß der eine, Titius, von dem er anfangs spricht, durch seine eignen im zweiten Testamente ihm auferlegten Legate in der Quart seiner Portion verletzt ist, der andere, Sejus, dagegen, zu dem er dann übergeht, erst durch die vom Pupillen auf ihn übergehenden Legate als verletzt erscheint, welche varietas im Verlaufe der Entscheidung noch ausdrücklich hervorgehoben wird. Es enthält demnach die zweite Hälfte unsers Gesetzes genau denselben Fall, wie die l. 80 D. h. t. und der alter substitutus des Papinian, den ich Sejus genannt habe, ist genau in derselben Lage, wie der Titius, von welchem dort Gajus spricht.

Die Entscheidung der aufgeworfenen Frage beginnt Papinian wieder mit Zweifelsgründen, welche die Verweigerung des Falcidischen Abzuges zu forden scheinen. Der erste lautet so Atquin quartam habet, nun hat er aber seine Quart; d. h. wenn man blos den Inhalt des Pupillartestamentes betrachtet, so ist ihm die Quart seiner Portion frei. Die Beseitigung dieses Einwandes liegt ganz nahe und besteht darin, daß man auch diesen Substituten so ansehen müsse, als wäre er in dem väterlichen Testamente eingesetzt. Dagegen richtet nun aber Papinian seinen zweiten Zweifelsgrund, neque idem patiatur instituti comparatio, d. h. wenn man ihn auch als einen institutus betrachten wollte, so würde dies doch nicht dasselbe zulassen, dieselbe Wirkung haben, wie bei dem andern Substituten, und zwar ebendeßhalb nicht, weil er für seine Person nicht verletzt ist, also nichts abziehen darf, man mag

sich ihn ins zweite oder erste Testament denken *m*). Der Conjunctiv bei diesem zweiten Einwande ist wohl zu beachten; er giebt dem Satze die hypothetische Bedeutung, in der ich ihn erklärt habe.

Diesen beiden Zweifelsgründen setzt aber Papinian folgenden Entscheidungsgrnnd entgegen; **rursus si negemus**, dagegen, wenn wir leugnen, nämlich, daß der Süpstitut, Sejus, sich den Falcidischen Abzug machen darf, so ist die Entscheidung offenbar anders, als der allgemein angenommene Rechtssatz, nämlich, muß aus dem vorhergehenden §. 5. hinzugedacht werden, der Satz, **in tabulis patris et filii unam Falcidiam servari**. Und in der That fordert auch dieser Satz, daß der Substitut wegen der von dem Pupillen auf ihn übergehenden Legate sich die Quart abziehen dürfe, wie dies auch in **l. 80. D. h. t.** ausgesprochen ist, mit welcher sonach Papinian hier völlig übereinstimmt.

Uebrigens hebt der Jurist seine Entscheidung nicht besonders hervor, sondern spricht sie nur in einer Folgerung aus, zu welcher er sogleich übergeht. Diese Folgerung lautet also: Es findet also der Unterschied statt, daß zwar der eine Substitut, welcher auf eignen Namen d. h. durch die ihm selbst auferlegten Legate überschwert ist, die Quart wie ein **institutus**, in Folge seiner Vergleichung mit einem **institutus** nach **l. 77. D. h. t.**, abzieht, der andere aber, welcher als *n*) Substitut nicht überschwert ist *o*), obgleich

---

*m*) Ganz falsch sagt hier Duaren so, weil dann auf die Quart des ganzen Vermögens gesehen werden müßte! Schon die Glosse hat die richtige Auffassung, und ebenso Cujac und Donellus.

*n*) Das ut muß hier offenbar für als, nicht für daß genommen, und darum auch nach **oneratus** kein Komma gesetzt werden.

*o*) Daß **oneratus** hier soviel heißt, als **ultra dodrantem oneratus**, ist klar, weil ja vorher und nachher von der Zusammenrechnung der Legate die Rede, also angenommen ist, daß dem Substituten Legate auferlegt sind.

seine Portion ausreicht, d. h. für die ihm selbst auferlegten Legate ohne Verletzung der Quart genügt, doch wegen der vereinigten Berechnung, d. h. wegen der Zusammenrechnung seiner eigenen und der vom Pupillen auf ihn übergehenden Legate nicht auf das Ganze belangt werden kann, also kann man hinzusetzen, die Quart nicht als intsitutus nach l. 77. **D.** h t., sondern nur in Folge der Regel der l. 11 **D. h. t.** erhält. Es ziehen sich mithin beide Substituten die Quart ab, aber jeder aus einem andern Grunde; Sejus hat sie nur, **qui una est Falcidia in duplicibus testamentis, Titius** würde sie auch ohne diese Regel haben.

Zuletzt macht Papinian noch die Anwendung dessen, was er bisher unter der Voraussetzung entwickelt hat, daß der Pupill seine Legate nicht bezahlt habe, auf den Fall, wenn der Pupill seine Legate bezahlt hat, und sich wegen der Falcidia die schon oben erörterte Caution hat leisten lassen *p*). Hier, entscheidet der Jurist, **duobus committatur stipulatio**, d. h. beide Substituten können jene Caution für sich in Anspruch nehmen, natürlich jeder nur auf den Betrag, den er für sich abziehen darf. —

Denselben Rechtsfall, wie sich ihn Papinian in der ersten Hälfte des so eben erklärten Gesetzes gedacht hat,

---

*p*) Falsch ist dieser Schluß erklärt von Roßhirt I S. 535, indem er voraussetzt, der Pupill selbst hätte schon Anspruch auf die Falcidia gehabt, und es sey ihm deßhalb (!) Caution gestellt, womit es denn zusammenhängt, daß er auf S. 534 sagt, wenn der Pupill seine Legate schon bezahlt habe, könne für den zweiten Substituten von der **Falcidia** gar nicht die Rede seyn. Roßhirt meint also, die **calculi confusio** trete nicht ein, wenn der Pupill seine Legate selbst entrichtet habe, während doch hier gerade die **cautio** dazu dient, die künftige **calculi confusio** zu sichern. Wo der Pupill schon in eigner Person überschwert ist, bedarf es für ihn und die Substituten keiner **confusio** u. **cautio** um das Abzugsrecht zu sichern, und von diesem Falle spricht überhaupt Papinian in dem ganzen Gesetze nicht. —

behandelt endlich auch Ulpianus in der aus seinem lib. 79 ad Edictum genommenen l. 1 §. 3 D. si cui plus.

Marcellus ait: Qui quadringenta in bonis habebat, impuberem filium heredem instituit, eique substituit Titium et Sejum; nihil a pupillo testator legavit, sed a Titio trecenta: utrum ducenta, inquit, praestabuntur, an centum quinquaginta? nam trecenta nullo modo eum praestare. Mihi videtur verius, non amplius eum parte sua erogare compelli; certe nec minus, secundum quod eveniret, ut non soli committatur stipulatio: sed omnibus heredibus interponenda est; sed causa cognita Falcidiam locum habere, et legatorum modus facit, et aeris alieni onus.

Der Rechtsfall, welchen hier Ulpian aus Marcellus referirt, ist klar; weder dem Pupillen selbst sind Legate auferlegt, noch dem einen Substituten, wohl aber dem andern so viele, daß sie die ihm zukommende Hälfte der Erbschaft übersteigen. Es ist also genau derselbe Fall, wie sich ihn Papinian dachte, als er in der ersten Hälfte der l. 11 §. 6 D. ad leg. Falc. sagte, man könnte sich hier verleiten lassen, zu glauben, daß die Falcidie nicht Platz greife, und auf den Betrag der Legate, welcher die Portion des einen Substituten übersteigt, der andere Substitut zu belangen sey. Ulpian führt nun zuerst die Aeußerung des Marcellus an, welche dahin geht, der Substitut brauche auf keinen Fall die 300 zu entrichten, dagegen frage es sich, ob er 200 oder nur 150 zu zahlen habe, d. h. ob die Falcidie Platz greife? Diese von Papinian, wie wir gesehen haben, durchaus bejahte, von Marcellus unentschieden gelassene Frage entscheidet nun Ulpian so, es scheine ihm richtiger, daß der Substitut nicht angehalten werde, mehr als seine Portion zu entrichten, aber auch nicht weniger. In diesen Worten certe nec minus liegt nun offenbar der Ausspruch, der Substitut müsse den ganzen Betrag seiner Portion entrichten, der Falcidische Abzug

finde also nicht statt. Darnach würde denn Ulpian mit dem Ausspruche Papinian's in l. 11 §. 6 D. ad leg. Falc. in direkten Widerspruch treten. Dieser Widerspruch löst sich aber dadurch, daß Ulpian am Schlusse ausdrücklich hinzufügt, übrigens bewirke das Maaß der Legate und die Last der Schulden, daß die Falcidie Platz greife. Es bleibt also nur die Frage übrig, warum Ulpian diese, sich scheinbar selbst widersprechende, Ausdrucksweise gewählt habe. Cujacius, der am Schlusse seiner Erklärung der l. 11 §. 6 D. cit. in den Quästionen Papinian's *q*) auch unsere l. 1 §. 3 cit. erläutert, übergeht diese Schwierigkeit; und Duaren und Donellus erwähnen die Stelle überhaupt nicht. Die Glosse aber meint, die Worte **certe nec minus** bezögen sich auf das Recht der XII Tafeln, und der Schluß erst auf die **lex Falcidia**. Dies ist nun wohl richtig, aber es bleibt dabei immer noch unerklärt, warum Ulpian diese beiden entgegengesetzten Rechtsprincipien geradeso nebeneinander stellt. Man muß hier den Zusammenhang ins Auge fassen, in welchem die Gesetzesstelle steht. Ulpian untersucht nämlich in der l. 1 cit. in pr. und §. 1 u. 2 den Fall, wenn es zweifelhaft, ob die **lex Falcidia** Platz greift oder nicht, sey es nun, daß der Betrag des Vermögens, oder der Schulden oder der Legate selbst noch nicht ermittelt ist, und behandelt die Caution, welche in diesem Falle der Erbe fordern kann; dabei sagt er, dies gelte auch von einem Pupillartestamente, und es könne die Caution sowohl für den Pupillen selbst als für dessen Erben Platz greifen. An diesen Gedanken reiht er nun den §. 3 an, der ein Beispiel enthält, wo die Caution nicht für den Pupillen, sondern nur für dessen Erben nothwendig wird, und es ist daher gewiß anzunehmen, daß sich der Jurist auch hier die Voraussetzungen der Falcidischen Rechnung als ungewiß oder bestritten denkt, und daher sagt, jedenfalls brauche der Substitut nicht über seine Portion zu entrichten, vor

*q*) T. IV. pag. 710.

vor der Hand solle er aber diese gegen Caution ganz hingeben, da ja später doch noch die Falcidische Rechnung gemacht werden müsse. Hiernach wäre die Bedeutung des **certe nec minus** die Absicht, eine zweimalige Berechnung der Falcidie zu vermeiden; der Hauptgedanke Ulpian's aber, durch den sich der §. 3 an den §. 2 anreiht, läge darin, daß die Zahlung der Legate und die Caution dabei für jeden von mehrern Pupillarsubstituten getrennt, rücksichtlich seiner Portion statt finde, also die Anwendung der in **l. 77 D. ad leg. Falc.** enthaltenen Regel auf die Pupillarsubstituten, wie sie Papinian in **l. 11 §. 6 ad leg. Falc.** gemacht hat.

Diese Auffassung erklärt denn auch den Zwischensatz von **secundum quod** bis **interponenda est**, und wird dadurch zugleich bestätigt. Ulpian sagt in diesem Zwischensatze, seiner vorausgegangenen Entscheidung sey es gemäß, daß die Caution nicht blos für den einen Substituten, sondern für alle geleistet werde. Bezieht man diese Folgerung nur auf den im Anfange des §. 3 gesetzten Fall, so ist nicht abzusehen, wofür und von wem der zweite Substitut, Sejus, welchem keine Legate auferlegt sind, eine Caution sollte fordern können. Zwar meint Cujacius, er könne wegen Ungewißheit der Schulden Caution von den Legataren des Titius fordern, weil dasjenige, was sich zufolge später bewiesener Schulden als zuviel gezahlt herausstelle, zur Hälfte auch von ihm zurückgefordert werden könne, da er für die Schulden mithafte. Allein unmöglich kann ein Erbe Legate zurückfordern, die er nicht selbst entrichtet hat. Daher geht auch schon Vivianus in der Glosse einen andern Weg, und meint, man müsse sich bei diesem Zwischensatze den Fall anders denken, als anfänglich, und annehmen, daß mehrere Substituten da seyen, und jeder mit Legaten beschwert sey. Wenn man nun gleich hiefür das *omnibus* **heredibus** anführen kann, so bleibt doch wieder unerklärt, wie Ulpian zu diesem Ausspruche durch den vorausgehenden Gedanken veranlaßt werden konnte. Gerade dies erklärt

sich aber, wenn man, wie vorhin geschehen, den §. 3 im Zusammenhange mit dem §. 1 u. 2 auffaßt. Will nämlich der Jurist durch den Anfang des §. 3 hauptsächlich sagen, daß die Portionen der mehrern Substituten bei Zahlung der Legate getrennt werden müssen, so ist es ganz logisch hinzuzufügen, daß auch die Caution für jeden besonders Bedeutung gewinnt, und geleistet werden muß, vorausgesetzt natürlich, daß er mit Legaten belastet ist. Die Worte **secundum quod** sind also nicht blos auf die unmittelbar vorausgehenden **certe nec minus**, sondern auf den ganzen vorausgehenden Gedanken, das Princip der Entscheidung zu beziehen.

Unsere bisherige Betrachtung hat sonach gezeigt, daß die Gesetze ganz übereinstimmend den Satz: **in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam**, sowohl bei einem als bei mehrern Substituten, im letztern Falle jedoch mit consequenter Trennung der Portionen der Substituten, als wären sie Erben des Vaters, zur Anwendung bringen, daß in Folge dieser Regel nur das Vermögen des Vaters im Momente seines Todes in Anschlag kommt, daß mithin dieselbe nicht zu einer Zusammenrechnung mehrerer Erbschaftsportionen, sondern nur der in beiden Testamenten angeordneten Legate führt, indem auch die Legate des Pupillentestamentes so angesehen werden, als wären sie von dem Vermögen des Vaters und im ersten Testamente selbst hinterlassen.

Auf diese Sätze gestützt, muß nun die Untersuchung derjenigen Fälle sich anreihen, in welchen durch die Pupillarsubstitution eine Vereinigung mehrerer Portionen derselben Erbschaft in einer Person statt findet. Daß dies nur rücksichtlich der väterlichen Erbschaft der Fall seyn könne, ist aus dem Bisherigen klar, weil ja das eigene, später erworbene Vermögen des Pupillen gar nicht in Betracht gezogen wird. Demnach findet jene Vereinigung denkbarerweise nur dann statt, wenn ein Miterbe des Pupillen diesem pupillariter substituirt ist, oder wenn dieselbe Person

mehrern im väterlichen Testamente eingesetzten Pupillen zum Erben bestimmt ist, nicht aber auch dann, wenn ein Erbe des Vaters einem exheredirten Pupillen substituirt worden ist. Diese drei Hauptfälle sind nun gesondert zu betrachten.

## §. 7.

Es ist bekannt, daß der Vater auch seinem exheredirten Kinde einen Pupillarsubstituten geben kann, und zwar entweder denselben, welchen er zu seinem eignen Erben ernennt, oder einen andern *r*). Im ersten Falle kann der Vater dem Pupillarsubstituten als solchem auch Legate auferlegen *s*). Demgemäß kann die Frage nach dem Falcidischen Abzuge von Seite desjenigen, der vom Vater eingesetzt und dem exheredirten Pupillen substituirt ist, in doppelter Weise entstehen, entweder weil die dem Erben im väterlichen Testamente auferlegten Legate die Quart derjenigen Portion verletzen, auf welche er eingesetzt ist, oder weil diese Verletzung erst durch diejenigen Legate bewirkt wird, welche von ihm in dem Pupillartestamente hinterlassen sind. Für beide Fälle müssen wir den in dem vorigen Paragraphen entwickelten Grundsätzen gemäß behaupten, daß das eigne Vermögen des Pupillen bei der Falcidischen Rechnung ganz außer Anschlag bleibt; es ist daher nicht von mehrern Erbschaftsportionen, sondern nur von einer die Rede, von der nämlich, auf welche der Substitut im Testamente des Vaters selbst eingesetzt ist. Mit dem Betrage dieser Portion müssen aber alle dem Erben im ersten und zweiten Testamente auferlegten Legate verglichen, und darnach die Falcidische Frage entschieden werden.

Genau diese Sätze finden wir aber auch in den Gesetzen noch speciell ausgesprochen, und zwar für jeden der

*r*) l. 1 §. 2 D. de subst.

*s*) l. 94 pr. D. de leg. I. Das Gegentheil steht mit Unrecht bei Wening 5te Aufl. V §. 225 not. q. s. dagegen Mühlenbruch in Glück B. 40 S. 403—408.

zwei so eben unterschiedenen Fälle besonders. Der erste ist enthalten in **l. 10 D. ad leg. Falc.**

**Papinianus lib. 20 quaestionum.**

**Quod supra quadrantem apud heredem potest pervenire, supra dodrantem in pecuniam legatum non onerat heredem: veluti hereditas pupilli, si forte substitutus sit exheredato, qui patri pupilli heres exstitit.**

Was zunächst den Text des Gesetzes anlangt, so lesen die Vulgat **M. S.** in pecuniam *legatum*, die Florentina aber in pecuniam *legatam*. Diese letzte Lesart ist offenbar vorzuziehen, wie auch schon Cujacius *t*) erklärt hat. Wollte man der vulgata folgen, so wäre legatum das Subject zu onerat, und man müßte mit der Glosse das quod für quia nehmen, wodurch der ganze Satz höchst geschraubt erschiene, während nach der Florentina das quod als das Subject zu potest und onerat zu betrachten ist.

Der Inhalt des Gesetzes aber ist klar. Papinian spricht zuerst den bekannten Satz aus, daß dem Erben in die Falcidische Quart nur dasjenige eingerechnet wird, was er als Erbe hat, also sein quadrans selbst, daß aber dasjenige, was er außerdem durch andere Titel erwerben kann, den Legataren nicht nützt, und den Erben für die vermachte Summe *u*) nicht über $\frac{3}{4}$ seiner Erbportion haftbar macht. Als Beispiel für diese Regel führt der Jurist sodann unsern Fall an, indem er fortfährt, z. B. nützt den Legataren die Erbschaft des Pupillen nicht, wenn etwa derjenige, welcher Erbe des Vaters des Pupillen geworden ist, dem exheredirten Pupillen substituirt ist. Daß hier schon in dem väter-

---

*t*) in quaest. Papin. ad l. 10 cit. T. IV p. 542 und obs. IV, 36.

*u*) Daß gerade pecunia erwähnt wird, erklärt schon die Glosse ganz richtig daraus, daß nur solche Legate, welche sich in Geld anschlagen lassen, dem Falcidischen Abzuge unterworfen sind. l. 8 §. 9 D. de inoff. l. 15 C. ad leg. Falc.

lichen Testamente zu viel legirt ist, und Legate des Pupillentestamentes nicht vorausgesetzt werden, ist klar; eben so aber auch, daß das Vermögen des Pupillen von der Berechnung ausgeschlossen wird. Indessen wollen Vivianus und Accursius diese Ausschließung nur auf die Hoffnung der Pupillenerbschaft, also auf die Zeit beziehen, ehe der Pupill gestorben, oder doch wenigstens nur ehe der Erbe die Pupillenerbschaft erworben hat; nach geschehener Erwerbung dagegen, meinen sie, nütze diese Erbschaft den Legataren und beseitige den Abzug. Allein diese Ansicht, welche nur die Folge einer nachher zu widerlegenden falschen Auffassung der **l. 11 §. 8 D. ad leg. Falc.** ist, widerstreitet allen im vorigen Paragraphen erörterten Rechtsgrundsätzen, und auch den Worten unseres Gesetzes selbst. Zwar stützt sich die Glosse darauf, daß Papinian nur sagt **potest pervenire**; allein damit will er nur andeuten, daß sein Satz allgemein von jedem Erwerbe gilt, den der Erbe außer seiner Portion machen kann, nicht aber, daß er nur von der Hoffnung des Erwerbes gilt; und in der That konnte wohl Niemand auf den Gedanken kommen, durch die bloße Hoffnung eines Erwerbes den Abzug beseitigen zu lassen! Mit Recht erklärt daher auch Cujacius diese Worte geradezu mit **pervenerit aut pervenire possit.**

Der zweite der von uns oben bezeichneten Fälle ist enthalten in **l. 11 §. 8 D. ad leg. Falc.**, wo Papinian sagt:

**Si quis exheredato filio substituit heredem institutum, et ab eo tabulis quoque secundis legaverit, necessario ratio confundetur; cum ideo legata valere dixerit Julianus, a substituto relicta, quod idem patri heres exstiterit.**

Daß in dem Falle dieses Gesetzes dem Substituten in beiden Testamenten Legate auferlegt sind, geht aus dem Worte **quoque** klar hervor, und ist allgemein angenommen. Eben so klar ist eine gemeinschaftliche Berechnung durch das **ratio confundetur** vorgeschrieben. Zweifelhaft bleibt es

nur, worauf diese Berechnung zu erstrecken ist. Vivianus in dem casus der Glosse scheint dieselbe nur auf die Legate der beiden Testamente zu beziehen; allein die Glosse zu dem Worte secundis deutet an, daß auch das eigene Vermögen des Pupillen mit in Anschlag komme, und die Legate vermehre. Diese Auffassung ist aber nicht blos in einer additio schon von Fulgosius und Alexander mißbilligt, sondern auch von Cujacius *v*), Goveanus, Carvalho §. 87—89, Bernstorff §. 33 verworfen, während Roßhirt I, S. 536 not. 4 wieder mit der Glosse die beiden Erbschaften zusammenwerfen will. Die Ansicht der Glosse ist aber entschieden irrig, und das eigne Vermögen des Pupillen muß von der Berechnung ausgeschlossen bleiben. Dafür sind nicht blos die in dem vorigen Paragraphen erörterten Gesetze, sondern auch die l. 11 §. 8 cit. selbst. Denn wenn auch Papinianus nicht ausdrücklich gesagt hat, ratio *legatorum* confundetur, so ergiebt sich doch, daß er es nur so gemeint hat, theils daraus, daß er in den vorausgehenden §. 5—7 desselben Gesetzes das Vermögen des Pupillen ganz außer Anschlag ließ, und immer nur von der legatorum ratio sprach, theils daraus, daß in unserm §. 8 selbst im Eingange von den Legaten zweier Testamente geredet wird, theils endlich aus dem hinzugefügten Entscheidungsgrunde. Die vereinte Berechnung soll nämlich deßwegen eintreten, weil die Legate des zweiten Testamentes nur deßhalb gelten, weil der Substitut auch Erbe des Vaters ist; hierin liegt, daß sie nur als aus der väterlichen Erbschaft hinterlassen zu betrachten sind, woraus denn folgt, daß die Erbschaft des Pupillen sie nicht vermehren kann.

Völlig entscheidend ist endlich noch ein zweites Gesetz. Papinian beruft sich in seinem Entscheidungsgrunde auf Julianus; nun haben wir aber gerade eine Stelle dieses Juristen, worin er den fraglichen Fall behandelt, und welche

---

*v*) ad l. 10 et l. 11 §. 8 D. h. t. in quaest. Pap. T. IV p. 543 und 717.

daher wohl Papinian gemeint hat. Es ist dies die aus lib. 61 Dig. Juliani genommene l. 87 §. 7 D. ad leg. Falc.:

Qui filios impuberes duos habebat, alterum heredem instituit, alterum exheredavit: deinde exheredatum instituto substituit, ac postea exheredato Maevium, et ab eo legavit: et exheredatus fratri impuberi extitit heres, deinde impubes decessit. Cum judicio patris facultates paternae per causam hereditariam ex substitutione ad eum perveniant, potest dici, legata ab eo relicta praestanda esse, *habita ratione legis Falcidiae in his bonis, quae pater mortis tempore reliquerit.*

Die Hauptfrage dieses Gesetzes ist zwar nicht die Art der Berechnung der Quart, sondern die, ob denn überhaupt die dem Mävius auferlegten Legate wirksam sind, und auf die Beseitigung der Zweifel gegen die Bejahung dieser Frage ist die zweite, hier nicht mit abgedruckte Hälfte des Gesetzes gerichtet. Allein nachdem sich Julianus für die Gültigkeit der Legate ausgesprochen hat, und zwar, wie Papinian anführt, aus dem Grunde, weil der Substitut des exheredirten Sohnes doch nach dem Willen des Vaters dessen Vermögen erhalte, fügt er auch noch die Art der Berechnung der Falcidischen Quart hinzu, und sagt ausdrücklich, es werde nur auf dasjenige Vermögen Rücksicht genommen, welches der Vater bei seinem Tode hinterlassen habe. Er schließt also das eigne Vermögen beider, sowohl des instituirten, als des exheredirten und dann substituirten Pupillen von der Berechnung aus. Zwar könnte etwa noch eingewendet werden, der Fall des Julianus sey von dem bei Papinian behandelten verschieden, weil in der l. 87 §. 7 D. cit. der Substitut Mävius nicht im Testamente des Vaters eingesetzt sey, die väterliche Erbschaft nur mittelbar aus den Händen der Pupillen erhalte, und nur im zweiten Testamente onerirt sey. Allein in beiden Fällen gelten die Legate des zweiten Testamentes doch nur deßhalb,

weil der Substitut durch die Anordnung des Vaters selbst dessen Erbschaft erhält, und können daher auch nur nach der Größe dieser gelten. Ueberdies würde sich gerade in dem Falle des Julianus viel eher ein Hereinziehen der Erbschaft des exheredirten Pupillen in die Berechnung denken lassen, weil der Substitut Mävius hier die Erbschaft des Vaters nur als einen Theil der Pupillenerbschaft erhält; da nun gleichwohl Julianus die Ausschließung des eigenen Vermögens des Pupillen ausspricht, so muß sie um so mehr in dem Falle der l. 11 §. 8 D. h. t. gelten.

## §. 8.

Wenden wir uns nun zu dem Falle, wenn einem Pupillen sein Miterbe substituirt ist, in welchem wirklich zwei Portionen der väterlichen Erbschaft in einer Person vereinigt werden, so scheinen sich die Gesetze darüber zu widersprechen, wie hier die Falcidische Berechnung zu machen sey. Denn während Papinian und Julian in l. 11 §. 7 l. 87 §. 4 D. ad leg. Falc. die Trennung beider Portionen vorschreiben, fordert derselbe Papinian in l. 41 §. 6 D. de substit. die Vereinigung derselben, und eben so Julian in l. 87 §. 5 u. 8 D. ad leg. Falc. Daß dieser Widerspruch *vv*) nur ein scheinbarer seyn kann, geht schon daraus hervor, daß die sich widersprechenden Stellen dieselben Verfasser haben, und zwar den consequentesten aller römischen Juristen, Papinian. Die Glosse, namentlich Vivianus und Accursius im casus und der gl. 5 ad l. 11 §. 7 D. cit., erklärt nach einigem Schwanken die Sache durch rein grammatische Vereinigung in folgender Weise. Die Legate, welche dem Miterben des Pupillen im ersten Testamente auferlegt sind, werden mit denen des Pupillen nicht vereinigt, wenn nicht die eigne Portion des Miterben durch jene allein schon überschwert ist; dagegen wer-

*vv*) Ganz übergangen ist diese Schwierigkeit von Stemann l. c., der schlechthin die Trennung annimmt.

den diejenigen Legate, welche dem Miterben im ersten Testamente auferlegt sind, und die Legate des zweiten Testamentes immer vereinigt. Dieselbe Auffassung findet sich bei den Postglossatoren, bei Bartolus, Zasius, Goveanus, bei Carvalho §. 70—96; Voet §. 22 u. 23 und bei Cujacius in den Observationen *w*); später *x*) hat er aber die Sache anders betrachtet, und alles davon abhängig gemacht, ob die Einsetzungsportion des substituirten Miterben selbst überschwert ist, oder nicht; im ersten Falle will er Vereinigung, im zweiten Trennung, und zwar selbst dann, wenn in dem Pupillartestamente ebenfalls Legate angeordnet sind; er setzt daher in der l. 41 §. 6 D. de subst. ganz denselben Fall, wie in l. 87 §. 5 D. ad leg. Falc. rücksichtlich der Einsetzungsportion des Miterben. Dieser zweiten Erklärung des Cujacius treten auch Papillonius l. c. p. 748 und Bernstorff §. 43—48 bei, jedoch mit der Abweichung, daß sie sich in dem Falle der l. 41 §. 6 D. cit. beide Portionen als überschwert denken. Auch die meisten neueren Juristen stimmen dieser Ansicht bei, indem sie die l. 41 §. 6 D. cit. ganz mit Stillschweigen übergehen *y*). Dagegen schreibt Westphal, v. Testam. §. 706, mit Berufung auf diese l. 41 §. 6 cit. und ohne Erwähnung der übrigen Gesetze schlechthin Vereinigung der beiden Portionen vor, während endlich Mühlenbruch, Lehrbuch §. 749 aus l. 87 §. 4 D. cit. den Satz ableitet, es seyen beide Erbmassen zu trennen, und der Substitut müsse von jeder derselben die Quart frei behalten.

Dieses Schwanken der Ansichten, namentlich die ver-

---

*w*) obs. IV, 35—37. XV, 15.

*x*) in Dig. Jul. ad l. 87 §. 4 u. 5. cit. T. VI. p. 406 — 408. und in quaest. Pap. ad l. 11 §. 7 D. cit. T. IV. p. 710—717. Nicht ganz bestimmt ist die Erklärung der l. 41 §. 6 D. cit. in Comment. ad t. de subst. T. VII. p. 916 und in resp. Papin. T. IV. p. 988.

*y*) Roßhirt I. S. 535. Thibaut §. 916. Wening V. §. 225.

schiedene Auffassung oder das gänzliche Umgehen der l. 41 §. 6 D. cit. sind die Folgen des Mangels eines bestimmten Grundprincipes in der ganzen Lehre. Offenbar haben aber die ältern Juristen in Folge ihrer exegetischen Behandlung unsere Frage vollständiger und genauer aufgefaßt, als unsere neuern Systematiker. Am unbefangensten und richtigsten erscheint übrigens auch hier die, wenn auch rein grammatische, Auffassung der Glosse, und es wird sich zeigen lassen, daß sie dem oben in §. 2 aufgestellten Grundprincipe vollkommen entspricht.

Ich habe dort behauptet, so oft Jemand mehrere Portionen derselben Erbschaft auf eignen Namen erwerbe, und so oft er von mehrern Portionen Legate in eignem Namen schulde, finde Vereinigung statt. Diesem Grundsatze gemäß muß, so oft dem Miterben, welcher dem Pupillen substituirt ist, in dem zweiten Testamente irgend ein Legat auferlegt ist, immer Vereinigung der beiden Portionen der väterlichen Erbschaft eintreten, und es muß dabei ganz gleichgültig seyn, ob dem Pupillen selbst Legate auferlegt sind, oder nicht, ob von dem Miterben des Pupillen auch im ersten Testamente Legate hinterlassen sind, oder nicht, und durch welche der hier denkbaren drei Arten von Legaten eine Quartverletzung der einen oder andern Portion herbeigeführt wird. Denn der Miterbe hat seine Einsetzungsportion jedenfalls auf eignen Namen, und von der Pupillarportion schuldet er Legate in eignem Namen, zwar nicht die etwa dem Pupillen auferlegten, wohl aber die im Pupillartestamente von ihm selbst hinterlassenen. Gerade diesen, aus unserm Grundprincipe folgenden Satz enthält aber die l. 41 §. 6 D. de v. et p. subst., wo Papinian sagt:

**Coheres impuberi filio datus, eidemque substitutus legata e secundis tabulis relicta perinde praestabit, ac si pure partem et sub conditione partem alteram accepisset. Non idem servabitur alio substituto: nam ille Falcidiae rationem induceret, quasi plane sub conditione primis tabulis heres institutus:**

**tametsi maxime coheres filio datus quadrantem integrum obtineret.**

Wer einem unmündigen Sohne zum Miterben und zugleich zum Pupillarsubstituten gegeben ist, soll nach diesem Gesetze diejenigen Legate, welche in dem zweiten Testamente hinterlassen, also ihm als Substituten namentlich auferlegt sind, geradeso entrichten, als hätte er den einen Theil der Erbschaft unbedingt, den andern unter einer Bedingung erhalten. Was das heißen soll, kann nach der oben in §. 3 gegebenen Ausführung nicht zweifelhaft seyn. Der Miterbe soll nämlich seine Einsetzungsportion, und die Portion des Pupillen zusammenwerfen, und aus dem Ganzen die Falcidische Rechnung machen. Dies wird auch durch den erläuternden Gegensatz bestätigt, welchen der zweite Theil des Gesetzes enthält. Wenn nämlich der Pupillarsubstitut nicht zugleich Miterbe ist, so berechnet er sich die Quart aus der Portion des Pupillen allein, und zieht nach der Regel der **l. 77 D. ad leg. Falc.** seinen Legataren das Treffende ab, wenn auch gleich etwa der Miterbe des Pupillen seine Quart ganz unverletzt hat. Dieser Gegensatz enthält, daß der Substitut, welcher zugleich Miterbe ist, keinen Abzug machen darf von den ihm auferlegten, die Quart der Pupillenportion verletzenden Legaten, soferne seine eigene Institutionsportion den Mangel deckt. Den Grund, aus welchem der Jurist die Vereinigung beider Portionen vorschreibt, giebt er nicht an; er muß also, wie oft in den Pandekten, aus der Beschreibung des Falles entnommen werden. In dieser läßt aber Papinian ganz unberührt, ob dem Pupillen selbst Legate auferlegt waren, und ob etwa auch die Einsetzungsportion des Substituten mit Vermächtnissen belastet war; es erhellt also, daß diese beiden Fragen ohne allen Einfluß auf die Entscheidung sind. Der Jurist hebt nur hervor, daß in dem zweiten Testamente Legate angeordnet sind, und läßt auch hier wieder ganz unerwähnt, wie groß diese Legate seyen; es muß mithin schon die Existenz eines einzigen solchen Legates als hinreichender Grund für Papi-

nian's Entscheidung betrachtet werden, und somit enthält dieses Gesetz ganz genau die vorhin aus meinem Grundprincipe entwickelte Folgerung, und somit die Bestätigung dieses Principes. Als eine Fiktion und ein Hineintragen in das Gesetz erscheint es aber offenbar, wenn Cujacius und Papillonius den Grund der Entscheidung darin suchen, daß die Einsetzungsportion des Substituten selbst über die Quart beschwert gewesen sey. Ja, es geht sogar das Gegentheil aus dem Gesetze klar hervor. Denn Papinian läßt es zwar unentschieden, ob dem Substituten als Miterben Legate auferlegt waren; jedenfalls hat er sich diese aber als die Quart der Einsetzungsportion nicht verletzend gedacht, weil er in dem zur Vergleichung gegenübergestellten Falle ausdrücklich die Quart des Miterben unverletzt nennt. Jene Fiktion des Cujacius zerreißt mithin den ganzen logischen Zusammenhang der Stelle.

Gehen wir nun über zu dem entgegengesetzten Falle, wenn nämlich ein Miterbe dem Pupillen substituirt ist, aber in dem zweiten Testamente keine Legate angeordnet sind. Hier muß nach dem von mir aufgestellten Grundprincipe Trennung der beiden Portionen angenommen werden, weil der Miterbe die Portion des Pupillen nicht unmittelbar durch die Anordnung des Testators, sondern nur mittelbar durch die Beerbung des Pupillen erhält, und weil er daher auch die dem Pupillen selbst etwa auferlegten Legate nicht auf eignen Namen, sondern nur im Namen des Pupillen schuldet. Diese Trennung ist denn auch in zwei Gesetzen vorgeschrieben.

Zunächst gehört hieher die von Julianus herrührende **l. 87 §. 4 D. ad leg. Falc.**, welche schon oben in §. 4 für die Vulgarsubstitution betrachtet worden ist. Fer Fall des Gesetzes ist genau der hier zu untersuchende. Es hat Jemand seinen unmündigen Sohn und den Titius zu gleichen Theilen eingesetzt, von dem Sohne die ganze Portion, von Titius nichts legirt, und dann den Titius substituirt, ohne ihm dabei weitere Legate aufzulegen. Der Jurist ent-

scheidet, wenn der Sohn sterbe, ohne seinen Vater beerbt zu haben, mithin Titius als Vulgarsubstitut eintrete, müsse er beide Portionen vereinigen, und fährt dann fort

Si vero patri heres fuit, non ampliora legata debet substitutus, quam quibus pupillus obligatus fuerat, quia *non suo nomine obligatur*, *sed defuncti pupilli*, qui nihil amplius, quam semissis dodrantem praestare necesse habuit.

Wenn also der Pupill seinen Vater beerbte, dann aber in der Unmündigkeit starb, und nun Titius als Pupillarsubstitut eintrat, so soll dieser nicht mehr Legate entrichten, als der Pupill selbst, d. h. so soll eine getrennte Berechnung der Falcidischen Quart stattfinden. Als Grund dieser Entscheidung wird aber hier deutlich angegeben, daß der Substitut die Legate nicht auf eignen Namen schuldet. Es wird mithin durch dies Gesetz nicht blos vermöge des argumenti a contrario die vorhin gegebene Erklärung der l. 41 §. 6 D. de subst. bestätigt, sondern auch das oben in §. 2 aufgestellte Princip ausdrücklich bewiesen.

Ganz genau hiemit übereinstimmend ist aber auch noch Papinianus in l. 11 §. 7 D. ad leg. Falc.

Quaesitum est, si quis pupillo coheredem substituisset: quemadmodum legis Falcidiae ratio inquiri debeat; et quale est, quod vulgo diceretur, legatorum rationem separandam? Dixi, quantum ad legata, quae pater a filio, item a substituto reliquit, nullam fieri posse separationem; cum communi calculo subjiciantur, et invicem inducant contributionem: sed legata, quae ab instituto extero data sunt, permisceri ceteris non oportere: ideoque quartam pupillo datae portionis habere substitutum, quamvis suam portionem habeat ut institutus, et aliam causam esse ejus, qui ex variis portionibus heres scriberetur etc.

Um dieses Gesetz ganz richtig zu fassen, muß man sich erinnern, daß Papinian in den vorausgehenden beiden

Paragraphen, welche oben in §. 6 erklärt worden sind, den Grundsatz **in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam** dahin erläutert hat, es würden diejenigen Legate, welche dem Pupillen, und diejenigen, welche dem Pupillarsubstituten auferlegt sind, immer zusammengerechnet. Nun geht er in dem §. 7 zu dem Falle über, wenn einem Pupillen sein Miterbe substituirt ist, führt an, daß man für diesen Fall das Rechtssprichwort habe, **legatorum rationem separandam**, und fragt nun, wie das zu verstehen sey? Offenbar liegt der Grund dieser Frage und dieser Art des Ueberganges darin, daß zwischen den beiden Rechtssprichwörtern ein Widerspruch zu bestehen scheint, indem das erste die Vereinigung, das zweite die Trennung der Legate beider Testamente fordert. Diesen Widerspruch löst der Jurist durch Berufung auf die genauere Erklärung, welche er im Vorhergehenden von der ersten Regel gegeben hat. Ich habe gesagt, fährt er fort, daß die Legate des Sohnes und des Substituten nicht getrennt werden dürfen; allein hierin handelt es sich ja um andere Legate, nämlich um diejenigen, **quae ab instituto extero data sunt**, und diese dürfen mit den übrigen nicht vermischt werden. Anstoß hat hier manchen das Wort **extero** erregt; allein schon die Glosse bemerkt ganz richtig, daß es für **extraneo** stehe, als **casus ablativus** zu nehmen sey, und den fremden, d. h. nicht zur Familie gehörigen Miterben des Pupillen im Gegensatze zu diesem bezeichne z). Demnach sind die Legate, welche der Jurist von der Vereinigung ausschließt, diejenigen, welche von dem Miterben im ersten Testamente hinterlassen worden sind. Nun entsteht aber die weitere Frage, welche Legate unter den **ceteris** zu verstehen seyen, von denen jene Legate des Miterben getrennt werden sollen. Cujacius in seiner zweiten Erklärung und seine Nachfolger fassen unter den **ceteris** sowohl diejenigen Legate, welche von dem Pu-

---

z) **Gaj. II §. 152, 161. pr. §. 3 J. de her. qual.** Auch **extrarius** kommt in diesem Sinne vor. **l. 38 D. de bonis libert.**

pillen, als auch die, welche von dem Miterben als Substituten im zweiten Testamente hinterlassen sind, zusammen. Allein obgleich der Vordersatz, in welchem von diesen beiden Klassen von Legaten die Rede ist, hiefür zu sprechen scheint, so muß diese Auffassung entschieden verworfen werden, weil sie unser Gesetz nicht blos principlos macht, sondern auch in einen unauflöslichen Widerspruch mit der **l. 41 §. 6 D. de subst.** bringt, wo Papinian selbst die Vereinigung beider Portionen und aller Legate vorschreibt, wenn dem Miterben als Substituten Legate auferlegt sind *a*). Daher hat denn schon die Glosse ganz richtig gesagt: **ceteris, scilicet a pupillo datis, et in primis tabulis; nam in secundis nulla sunt legata relicta.** Man muß entschieden annehmen, daß Papinian in dem zweiten Theile seiner Entscheidung sich den Substituten als solchen nicht onerirt gedacht hat. Dies erhellt auch aus dem Schlusse der Stelle. Deßhalb, fährt der Jurist fort, darf der Substitut die Quart der Portion des Pupillen zurückbehalten, ob er gleich seine eigene Einsetzungsportion hat, und er ist nicht so anzusehen wie derjenige, welcher auf mehrere Portionen eingesetzt ist. Vergleichen wir nun hiemit die **l. 41 §. 6 D. de subst.**, wo Papinian den substituirten Miterben des Pupillen geradezu so behandelt, als wäre er auf zwei Portionen eingesetzt, so ist doch klar, daß er sich den Fall in beiden Gesetzen verschieden gedacht hat, indem er sich sonst selbst widerspräche. Die Verschiedenheit der beiden Fälle kann aber in nichts anderm bestehen, als darin, daß in unserer **l. 11 §. 7 cit.** dem Substituten als solchen keine Legate auferlegt sind. Das Gesetz verliert auch durch diese Auffassung durchaus nicht an logischem Zusammenhange, in-

---

*a*) Um diese Auffassung zu retten, hat Bernstorff §. 48 das **extero** auf einen Miterben bezogen, der nicht substituirt ist. Allein abgesehen davon, daß dies dem Gesetze selbst allen innern Zusammenhang raubt, löst es auch den Widerspruch mit **l. 41 §. 6 D. cit.** nicht.

dem der Gedankengang Papinian's sich nun so darstellt: die Legate des Pupillen und des Substituten können, wie ich schon gesagt habe, nicht getrennt werden, aber die Legate des Miterben als solchen und die des Pupillen werden nicht vereinigt.

Wenn nun nach der bisherigen Ausführung angenommen werden muß, daß die l. 11 §. 7 und l. 87 §. 4 D. h. t. übereinstimmend die Trennung der Portionen des Pupillen und seines ihm substituirten Miterben unter der Voraussetzung vorschreiben, daß im Pupillartestamente keine Legate angeordnet sind, so darf dabei doch nicht übersehen werden, daß in den beiden Gesetzen der Fall so gedacht wird, daß nur die Portion des Pupillen, nicht auch die des Miterben überschwert ist. Es entsteht daher die weitere Frage, wie es zu halten sey, wenn umgekehrt nur die Portion des Miterben überschwert ist, nicht auch die des Pupillen, oder wenn von beiden Portionen zu viel legirt ist? Nach dem von mir aufgestellten Grundprincipe muß, strenge genommen, auch hier die Trennung der beiden Portionen ausgesprochen werden, weil der Miterbe die Portion des Pupillen weder unmittelbar auf eignen Namen erwirbt, noch von ihr Legate auf eignen Namen schuldet. Hier treten nun aber billigkeitshalber die Ausnahmen ein, welche ich schon bei der Aufstellung des Grundprincipes angedeutet habe. Sie werden von Julianus in l. 87 §. 5 u. 8 D. ad leg. Falc. ausgesprochen.

Nachdem nämlich dieser Jurist in dem vorhin erörterten §. 4 dieses Gesetzes die Trennung der überschwerten Portion des Pupillen von der freien des Miterben ausgesprochen hat, fährt er in §. 5 also fort:

**Quod si extranei heredis semis totus legatus fuerit, isque pupillo, a quo nihil legatum erat, ex substitutione heres exstiterit: *poterit dici*, augeri legata, et perinde agendum, ac si cuilibet coheredi substitutus fuisset, eoque omittente hereditatem, ex asse heres exstitisset; quia semper substitutus ratio-**

**nem**

**nem legis Falcidiae ex quantitate bonorum, quae pater reliquerit, ponet.**

Der Jurist behandelt hier den Fall, wo die Portion des Miterben ganz erschöpft, die ihm durch Pupillarsubstitution zufallende Pupillen-Portion ohne alle Legate ist, und schreibt die Vermehrung der Legate, und dieselbe Behandlung beider Portionen, wie bei der Vulgarsubstitution, d. h. völlige Vereinigung vor. Daß er aber seine Entscheidung nur als einen Satz der Billigkeit betrachtet, erhellt zunächst schon aus der Wendung **poterit dici** *aa*), sodann aber aus dem Grunde, welchen er für seine Entscheidung hinzufügt. Die Vereinigung soll nämlich deßhalb eintreten, weil der Substitut immer die Falcidie aus dem Vermögensbetrage berechne, welchen der Vater hinterlassen habe. Offenbar beweist aber dieser Grund zu viel; darnach müßte die Vereinigung in jedem Falle, also auch dann statt finden, wenn die Portion des Pupillen überschwert ist. Es ist mithin dem Julianus hier ergangen, wie jedem, der für eine auf ein Gefühl der Billigkeit gestützte Entscheidung ein Rechtsprincip als Entscheidungsgrund sucht. Der Umstand, welcher Julian bewogen hat, die Vereinigung vorzuschreiben, ist entschieden nur die Erwägung, daß es doch zu unbillig sey, wenn der Erbe, welcher nun plötzlich durch die Güte des Testator, wenn auch nur mittelbar, die ganz freie Portion des Pupillen erhält, und so einen völlig unverhofften Gewinn macht, die von demselben Testator ihm auferlegten Legate nicht ganz entrichten wollte; aber wohl fühlend, daß diese Erwägung kein Rechtsgrund sey, sucht er für dieselbe nach einem solchen, findet begreiflich nur einen unpassenden, und giebt eben dadurch zu erkennen, daß dieser Grund nicht das eigentliche Motiv seiner Entscheidung ist.

Uebrigens muß der Ausspruch des Juristen, da er einmal im Gesetze steht, jedenfalls befolgt werden, und läßt

---

*aa*) **l. 30. §. 4. D. de leg. I. l. 52. §. 5. D. de furtis.**

sich als billig in der That rechtfertigen. Es ist aber durchaus nothwendig, die Natur dieser Entscheidung genau zu würdigen, nicht blos um das Grundprincip der ganzen Lehre nicht zu verwirren, sondern namentlich auch, um den Umfang genau zu bestimmen, in welchem diese Entscheidung anzuwenden ist. Unsere Juristen leiten nämlich aus dem fraglichen Gesetze ganz unbedenklich den Satz ab, die beiden Portionen seyen jedesmal zu vereinigen, so oft die Quart der Pupillen-Portion unverletzt sey. Allein hierin liegt offenbar eine Ausdehnung des Gesetzes über seinen Wortlaut, da es ja nur den Fall enthält, wenn die Portion des Pupillen ohne alle Legate ist. Es entsteht mithin die Frage, ob denn dieselbe Anforderung der Billigkeit auch dann bestehe, wenn dem Pupillen Legate auferlegt sind, die nur die Quart nicht verletzen? Nun läßt sich allerdings nicht verkennen, die Billigkeit fordre auch hier, daß der Erbe den Ausfall seiner eigenen Portion mit dem Ueberschusse decke, der ihm unverhofft durch die Substitution zufällt, und man wird daher allerdings auch hier mit Julianus sagen können und müssen: poterit dici, *augeri legata.* Allein man wird dies nicht so fassen dürfen, daß nun auch die beiden Portionen zum Zwecke der Berechnung der Quart völlig vereinigt werden sollen. Diese Vereinigung könnte nämlich zufolge des oben in §. 1 Entwickelten den Legataren der Pupillar-Portion sehr nachtheilig werden, und sie einem Abzuge unterwerfen, während sie bei getrennter Berechnung ihre Legate ungeschmälert erhalten würden. Es ist mithin dieser Fall dem von Julian behandelten nicht ganz gleich, und nur das allgemeine Uebersehen des Unterschiedes, welcher zwischen der Vereinigung zweier Portionen und dem bloßen Einrechnen des Ueberschusses der einen in die andere eintritt, hat unsere Juristen zu der unbedenklichen Ausdehnung unsers Gesetzes veranlaßt. Wenn dem Pupillen gar keine Legate auferlegt sind, dann führen allerdings diese beiden Rechnungsarten zu demselben Resultate, und die für die Legatare der Erbportion sprechende Billig-

keit schadet keinem Dritten; darum konnte Julian von Vereinigung beider Portionen, wie bei der Vulgarsubstitution reden. Wenn aber der Pupill auch Legate hatte, so führen die beiden Berechnungen möglicherweise zu verschiedenen Resultaten, und jene Billigkeit könnte, wenn man aus ihr Vereinigung ableiten wollte, zur größten Unbilligkeit gegen die Legatare des Pupillen werden. In diesem Falle dürfen wir daher nur die Einrechnung des Ueberschusses vorschreiben. Daß Julian selbst zunächst nur an diese gedacht hat, geht auch deutlich aus seinen Worten hervor; er sagt zunächst nur augeri legata, und nur, weil dies augeri in seinem Falle der Vereinigung gleich steht, leitet er dann noch diese daraus ab. Nach dem allen muß man aus der fraglichen Gesetzesstelle folgenden Satz ableiten. Wenn einem Pupillen sein Miterbe substituirt, und im Pupillartestamente mit keinem Legate beschwert ist, so werden die beiden Portionen zwar dem Principe nach getrennt; doch ist es billig, daß der Erbe den Ausfall seiner eigenen Portion mit dem Ueberschusse der Pupillarportion decke, und dies erscheint, wenn auch dem Pupillen keine Legate auferlegt sind, als eine Vereinigung beider Portionen.

Die zweite Billigkeitsausnahme von dem strengen Principe spricht Julianus in dem §. 8 desselben Gesetzes in folgenden Worten aus:

**Coheres pupillo datus si pro parte sua legata habita legis Falcidiae ratione praestiterit, deinde impubere mortuo ex substitutione heres extiterit, et semis pupilli legatis exhaustus esset, ex integro legis Falcidiae ratio ponenda erit: ut contributis legatis quae ab ipso et quae a pupillo data fuerant, pars quarta bonorum apud eum remaneat. Licet enim pupillo heres existat, tamen circa legem Falcidiam perinde ratio habetur, ac si patri heres extitisset. Nec aliter augebuntur legata, quae ab ipso ultra dodrantem data fuerant, quam augentur, cum ex parte heres institutus et coheredi suo substitu-**

**tus, deliberante coherede legata habita ratione legis Falcidiae solvit, deinde ex substitutione alteram quoque partem hereditatis adquirat.**

Der Fall dieses Gesetzes und die Entscheidung sind sehr klar. Wenn ein Miterbe dem Pupillen substituirt ist, und beide Portionen durch Legate überschwert oder erschöpft sind, so soll eine vereinte Berechnung der Falcidischen Quart aus dem Ganzen, und dadurch möglicherweise eine Vermehrung der Legate der einen Portion eintreten, und zwar selbst dann, wenn der Miterbe die Legate seiner eignen Portion schon ausgezahlt haben sollte, und nachher erst den Pupillen beerbt, indem nun eine zweite ganz neue (**ex integro**) Berechnung vorgenommen werden muß. An dieser Entscheidung hat nun aber schon die Glosse deßhalb Anstand genommen, weil sich nicht absehen lasse, wie durch das Hinzukommen einer ganz erschöpften Portion eine Vermehrung der Legate erfolgen könne; sie glaubt daher, man müsse sich die Portion des Pupillen nicht ganz erschöpft denken, sondern so, daß von ihr etwa die Quart oder doch ein Theil derselben frei bliebe. Allein offenbar ist diese Annahme gegen die Worte des Gesetzes, welches schlechthin sagt, **semis pupilli exhaustus est.** Daher hat denn Cujacius *b*), der den Zweifel der Glosse noch durch die Frage vermehrte, wozu denn eine vereinte Berechnung nützen solle, da es ja dem Erben genügen müsse, nachdem er von der eignen Portion die Quart abgezogen habe, dies auch noch von der Portion des Pupillen zu thun, vorgeschlagen, statt ***et* semis** in obigem Gesetze zu lesen ***nec* semis**, welche Emendation ja mehrmals in den Pandekten nothwendig sey. Diese Idee vertheidigt auch Carvalho §. 71 — 74 und Stemann **l. c.** S. 301 Note 14 selbst noch nachdem sie Cujacius selbst wieder aufgegeben hatte, und beruft sich dafür noch auf einen alten nicht genannten Lehrer; er bezieht darnach das

---

*b*) **in Comment. ad D. de usucap. ad l. 4. §. 11.** — und **obs. XV, 15** u. f.

Gesetz auf denselben Fall wie den §. 5 desselben Gesetzes, indem er das **exhaustus** für gleichbedeutend mit **oneratus** nimmt, also voraussetzt, daß dem Pupillen mehr als die Quart frei blieb. Allein abgesehen davon, daß diese Auffassung des **exhaustus** irrig, und daß die Verwandlung des **et** in **nec** ohne die Autorität von Manuscripten oder unverkennbare logische Nothwendigkeit eine verwerfliche Willkühr ist, würde dann die Entscheidung Julian's eine principlose seyn und gegen die Legatare der Pupillenportion eine nicht zu rechtfertigende Ungerechtigkeit enthalten. Dazu kommt endlich, daß die Zweifel, welche jene Emendation veranlaßt haben, ganz ungegründet sind. Denn selbst wenn die Pupillenportion, oder beide über die Quart beschwert oder ganz erschöpft sind, führt die vereinte Berechnung, zwar nicht für den Erben, wohl aber für die Legatare zu einem andern Resultate, als die getrennte, soferne nur die Legate beider Portionen, oder diese selbst, von ungleichem Betrage sind. Setzen wir den Fall: Das Vermögen beträgt 400; Titius und der Unmündige sind zu gleichen Theilen eingesetzt; von Titius sind 300 an Mävius, von dem Unmündigen 200 an Sejus legirt, und Titius tritt als Pupillarsubstitut ein. Wenn hier beide Portionen vollständig getrennt gehalten werden, so zahlt Titius an Mävius 150, an Sejus ebenfalls 150 aus, und behält so von jeder Portion die Quart frei. Wenn dagegen vereinte Berechnung stattfindet, so erscheinen 200 zu viel legirt, und diese werden dem Mävius und Sejus im Verhältnisse von 3 zu 2 abgezogen; es erhält mithin Mävius 280, Sejus aber nur 120, und Titius hat die Quart des Ganzen frei. Setzen wir ferner den Fall so: Das Vermögen beträgt 400; Titius ist auf $\frac{1}{4}$ eingesetzt, und soll an Mävius 200 bezahlen; der Unmündige ist auf $\frac{3}{4}$ eingesetzt, und soll an Sejus 300 entrichten. Werden hier beide Portionen getrennt, so erhält Mävius 75, Sejus aber 225; werden dagegen beide Portionen vereinigt, so erscheinen 200 als zuviel legirt, und werden den beiden

Legataren im Verhältnisse von 2 zu 3 abgezogen; folglich erhält dann Mävius 120, Sejus aber nur 180 ausbezahlt. Nur wenn beide Portionen und die Legate beider ganz gleich sind, oder doch in ganz gleichem Verhältnisse zu einander stehen, z. B. von dem auf ¼ Eingesetzten 100, von dem Andern 300 legirt sind, führt die getrennte und vereinigte Berechnung zu ganz gleichem Resultate. Daß nun aber Julianus in unserm Gesetze die vereinte Berechnung nicht um des Erben willen vorgeschrieben hat, für den sie irrelevant ist, sondern um des bisher nachgewiesenen Einflusses auf die Legatare willen, geht ganz klar aus der Folgerung hervor, welche er aus seiner Entscheidung zieht, und welche in der Zusammenrechnung der Legate und der Vermehrung der von dem Miterben selbst hinterlassenen Legate bestehen soll; diese Vermehrung, setzt der Jurist hinzu, solle geradeso eintreten, wie sie eintreten würde, wenn der Miterbe die Portion des Pupillen nicht durch Pupillarsubstitution sondern als Vulgarsubstitut erwürbe. Nach allen diesen Erwägungen hat denn Cujacius selbst mit Recht in seinen spätern Erklärungen unseres Gesetzes *c*) die Verwandlung des et in nec wieder aufgegeben, und angenommen, Julianus schreibe die Vereinigung beider Portionen deßhalb vor, damit der Falcidische Abzug billigerweise auf alle Legatare in gleichem Verhältnisse vertheilt werde. Dieser Erklärung sind dann auch die spätern Juristen beigetreten *d*).

Wenn hiedurch die Entscheidung des Juristen als hinreichend bestimmt zu betrachten ist, so entsteht nun die Frage nach dem Entscheidungsgrunde. Das Gesetz selbst enthält als solchen den Satz, daß der Miterbe, obgleich er Erbe

---

*c*) obs. XV, 15. XXV, 22. in Dig. Juliani ad l. 87. §. 8. D. cit. T. VI. p. 410 sq.

*d*) Robertus, lect. rec. I, c. 8. Goveanus, Gothofredus h. l. Papillonius p. 749. Voet §. 22. Bernstorff §. 48. Roßhirt S. 535. Ganz übergangen ist die Stelle von Mühlenbruch, Lehrbuch §. 749. not. 9.

des Pupillen sey, doch rücksichtlich der Falcidischen Rechnung so angesehen werde, als sey er Erbe des Vaters geworden. Dieser Entscheidungsgrund enthält zunächst einen Zweifelsgrund, welcher ganz den von mir als Princip aufgestellten Satz bestätigt. Weil der Miterbe nämlich die Portion des Pupillen nicht unmittelbar auf eignen Namen erwirbt, indem er sie nicht als Erbe des Vaters, sondern nur mittelbar als Erbe des Sohnes erhält, so müßte eigentlich eine Trennung der beiden Portionen stattfinden. Schon hiedurch ist angedeutet, daß Julian's Entscheidung nur eine aus Billigkeit gemachte Ausnahme ist; dies wird aber noch klarer, wenn man den Entscheidungsgrund selbst prüft. Es ist dies derselbe, wie der für die erste Billigkeitsausnahme in dem §. 5 desselben Gesetzes angeführte, und er beweist hier, wie dort, zuviel also eigentlich nichts. Denn wenn der Umstand entscheiden soll, daß der Pupillarsubstitut bei der Falcidischen Rechnung angesehen wird, als sey er Erbe des Vaters geworden, so müßte schlechthin in allen Fällen Vereinigung der beiden Portionen eintreten, also auch in dem Falle, für welchen doch Julianus selbst in dem §. 4 unseres Gesetzes die Trennung vorgeschrieben hat. Forschen wir nun aber nach dem Billigkeitsmotive, welches den Juristen geleitet haben mag, so ist es schon von Cujacius ganz richtig so bezeichnet worden, **ne occurrat iniquitas, ut plus aut minus praestet his vel illis legatariis, quam oporteat**, d. h. damit nicht der Abzug der Quart von den einzelnen Legataren unverhältnißmäßig erfolge. Da nämlich doch jeder der Legatare jedenfalls einen Abzug erleiden müßte, und da sie von einem und demselben Erben ihre Legate zu fordern haben, so konnte es Julian für billig erachten, daß durch eine vereinte Berechnung eine ganz verhältnißmäßige Vertheilung des Abzugs bewirkt werde.

Durch diese Entscheidung könnte man sich nun aber veranlaßt fühlen, auch in dem Falle des §. 5 desselben Gesetzes nicht blos, wie es vorhin vertheidigt wurde, das

Einrechnen des Ueberschusses der einen Portion in die andere, sondern eine völlige Vereinigung anzunehmen, weil sich Julianus ja auch hier nicht gescheut hatte, einzelne Legatare durch die vereinte Berechnung in Nachtheil zu setzen. Allein dagegen ist zu beachten, daß es immer sehr verschieden bleibt, ob durch die Vereinigung ein Legatar, der bei der Trennung gar keinen Abzug zu erleiden hatte, einem solchen unterworfen wird, oder ob nur der jedenfalls eintretende Abzug etwas vergrößert wird. Sodann muß man aber bei bloßen Billigkeitsentscheidungen, wie sie Julianus nur zu oft gegeben hat, genau bei dem Buchstaben stehen bleiben, und jede analoge Anwendung unterlassen, für die natürlich jeder feste Boden fehlt. Aus diesem Grunde muß ich mich denn auch gegen die Ausdehnung erklären, welche manche unserer Juristen *e*) unserer Gesetzstelle in der Art geben, daß sie daraus den Satz ableiteten, so oft zwei überschwerte Portionen in einer Hand vereinigt würden, gleichviel wodurch, so finde immer vereinte Berechnung statt. Diese Ausdehnung widerstreitet nämlich allen den Gesetzen, welche für andere Fälle des Zusammentreffens die Trennung schlechthin vorschreiben, wie z. B. die **l. 78 D. ad leg. Falc.** für das Accrescenz-Recht, und würde überdies jedes Grundprincip dieser ganzen Lehre aufheben.

Fassen wir nun das Resultat der in diesem Paragraphen geführten Untersuchung zusammen, so ist es dies: Wenn ein Miterbe zugleich Pupillarsubstitut des neben ihm eingesetzten Unmündigen ist, und im zweiten Testamente mit irgend einem Legate bedacht ist, so tritt unbedingt vereinte Berechnung ein. Sind aber im Pupillartestamente keine Legate, so werden beide Portionen getrennt, jedoch mit der doppelten Billigkeits-Ausnahme, daß der Miterbe den Ueberschuß der Pupillarportion in seine eigene einrechnen muß, und daß, wenn beide Portionen überschwert sind,

---

*e*) z. B. Braun zu Thibaut §. 765.

Vereinigung eintritt. Daß in allen diesen Fällen das eigne Vermögen des Pupillen, was er nicht vom Vater geerbt hat, ganz außer Anschlag bleibt, versteht sich nach den Ausführungen des §. 6 von selbst.

## §. 9.

Es bleibt jetzt nur noch der letzte der drei am Schluße des §. 6 bezeichneten Fälle zu untersuchen, nämlich der, wenn dieselbe Person mehreren im väterlichen Testamente eingesetzten Pupillen zum Pupillarsubstituten gegeben ist, und durch den Tod derselben die mehrern Portionen der väterlichen Erbschaft erwirbt. Dieser Fall ist von Papinianus in l. 14 §. 2 D. ad leg. Falc. folgendermaßen entschieden:

**Duobus impuberibus substitutum, utrique heredem existentem, in alterius hereditate Falcidia non uti convenit, si de bonis alterius impuberis quartam partem hereditatis patris, quae ad filios pervenerit, retineat.**

Diese Entscheidung wird von der Glosse so aufgefaßt, daß der Jurist eine völlige Vereinigung beider Portionen vorschreibe; zwar findet sie darin einen Widerspruch mit l. 11 §. 7 D. h. t., beseitigt ihn aber durch die Bemerkung, dort sey ein Miterbe substituirt, hier nur dieselbe Person auf zwei Portionen durch Pupillarsubstitution berufen. Ihr sind Bartolus, Alexander und Imola beigetreten, welch letzterer vorzüglich darauf Gewicht legt, daß in dem Falle der l. 14 §. 2 cit. nicht entschieden sey, ob die freie Portion zur beschwerten hinzukomme, oder umgekehrt. Ausführlicher hat die Ansicht der Glosse später Cujacius *f*) begründet. Er beruft sich dabei auf die Autorität des Griechen Cyrillus, und fügt hinzu, diese Entscheidung Papinian's scheine allerdings mit der Regel in Widerspruch zu stehen, daß, wenn eine überschwerte Portion zu einer

---

*f*) in lib. 9 Resp. Papin. T. IV. p. 1126—1129.

freien hinzukomme, getrennte Berechnung eintrete; allein dieser Widerspruch werde durch den in l. 11 §. 6 D. h. t. von Papinian selbst ausgesprochenen Grundsatz beseitigt, daß der Substitut, wenn er wirklich eintritt, so angesehen werden müsse, als sey er im ersten Testamente eingesetzt worden, revocatur ad intellectum institutionis; demgemäß erscheine dem Substitut in dem Falle der l. 14 §. 2 D. cit. gerade so, als wäre er auf zwei Portionen derselben Erbschaft eingesetzt, und müsse somit beide Portionen vereinigen. Dieser Ausführung stimmt Carvalho §. 97—101 und Papillonius p. 745 bei, und sie ist später die gemeine Meinung geblieben *g*). Abweichend hievon ist aber neuerdings Roßhirt, indem er auf S. 536 sub D. wörtlich Folgendes sagt: „Wenn Jemand zweien unmündigen „Brüdern vom Vater pupillariter substituirt ist, so kann „er den in dem einen Testamente geordneten Legaten nichts „abziehen, wenn er aus dem andern Testamente ein Vier„tel des väterlichen Vermögens hat. l. 14 §. 2 D. h. t. „Wären die Legate gar nicht dem Pupillen auferlegt, son„dern alle allein dem Substituten, so muß er die Erb„schaften zusammenwerfen; denn hier wird der doppelte „Substitut so angesehen werden müssen, wie wenn er In„stitut wäre: es ist nämlich ein allgemeiner Gedanke, daß „der Pupillarsubstitut nur insoferne begünstigt wird, als „er nicht suo nomine, sed nomine defuncti die Legate „zu bezahlen hat. l. 87 §. 4 D. h. t.“

Roßhirt will demnach die gemeine Meinung, die er übrigens ganz ignorirt, und ihren Entscheidungsgrund nur dann gelten lassen, wenn alle Legate dem Substituten als solchen auferlegt sind; außerdem will er, obgleich er den Unterschied dieser zwei Berechnungsarten nirgends bestimmt hervorhebt, nur den Ueberschuß der einen Portion in die andere einrechnen lassen, und nur hierauf bezieht er unsere l. 14 §. 2 D. cit. —

---

*g*) Voet §. 23. Wening, V. §. 225. Thibaut §. 916.

In der That muß sowohl nach unserm allgemeinen Grundprincipe als nach den Worten der l. 14. §. 2 D. cit. für den hier in Rede stehenden Fall nur das Einrechnen des Ueberschusses der einen Portion in die andere als Regel angenommen werden; diese Regel ist dann allerdings aus andern Gesetzen gewissen Beschränkungen in der Art zu unterwerfen, daß mitunter eine völlige Vereinigung eintritt; aber diese Beschränkung muß weiter gefaßt werden, als es von Roßhirt geschehen ist, und die Vereinigung muß eintreten, so oft dem Substituten in jedem der beiden Pupillartestamente irgend ein Legat auferlegt ist, sollte auch der Pupill selbst mit Legaten belastet seyn. Ein weiterer Mangel in den bisher angeführten Darstellungen ist aber der, daß nicht bestimmt ausgesprochen wird, ob unter den bonis alterius impuberis, von welchen unser Gesetz redet, nur das vom Vater ererbte, oder auch das übrige Vermögen des Pupillen zu verstehen sey. Die Glosse und die ältern Juristen scheinen das erste, Roßhirt das letztere anzunehmen, während doch gewiß nur das väterliche Vermögen in die Berechnung aufgenommen werden darf. Dies Alles ist nun genauer zu begründen.

Sehen wir zunächst von der l. 14 D. cit. ganz ab, und suchen wir unsern Fall aus den bisher gewonnenen Resultaten zu entscheiden, so ergeben sich folgende Sätze. Wenn Jemand zweien Pupillen als Pupillarsubstitut succedirt, so hat er keine dieser beiden Portionen der väterlichen Erbschaft unmittelbar auf eignen Namen, sondern nur mittelbar als Erbe der Erben des Testator, und es ist insoferne nach dem im §. 2 aufgestellten Grundprincipe, welches durch die bisherige Untersuchung bestätigt worden ist, und gerade in diesem Theile später durch l. 1 §. 15 D. ad leg. Falc. bestätigt werden wird, die getrennte Berechnung nothwendig, wenn überdies sämmtliche Legate nur in dem väterlichen Testamente den beiden Pupillen auferlegt sind, also der Substitut auch keine Legate auf eignen Namen schuldet. Es muß hier die Trennung geradeso eintreten, wie nach l. 11

§. 7 und l. 87 §. 4 D. h. t. bei dem einem Pupillen substituirten Miterben, dem im zweiten Testamente keine Legate auferlegt sind, und nur, wie bei diesem aus Billigkeit in l. 87 §. 5 D. h. t. die Einrechnung des Ueberschusses gefordert wird, kann man sie auch hier fordern. Wenn dem Substituten als solchen auch Legate auferlegt sind, aber nur in dem einen Pupillartestamente, so muß ganz dasselbe gelten, weil er ja immer die Portion des andern Pupillen weder auf eignen Namen erwirbt, noch von ihr auf eignen Namen Legate schuldet. Wenn dagegen endlich dem Substituten in beiden Pupillartestamenten Legate auferlegt sind, dann muß eine Vereinigung beider Portionen eintreten, gleichviel wie groß diese Legate sind, und ob die Pupillen selbst mit Legaten beschwert waren oder nicht, indem dieser Fall ganz dem in l. 41 §. 6 D. de subst. von Papinian entschiedenen analog ist; dort wird nämlich die Pupillarportion, von welcher der Substitut als solcher mit irgend einem Legate beschwert ist, wie eine Einsetzungsportion behandelt, dasselbe muß also hier von beiden Pupillarportionen gelten; sie müssen als zwei bedingte Einsetzungsportionen betrachtet, und somit vereinigt werden. Daß aber in allen diesen Fällen nur auf den Betrag der beiden Pupillarportionen im Momente des Todes des Vaters, nicht auch auf das übrige Vermögen der Pupillen gesehen werden darf, folgt mit Nothwendigkeit aus allen oben in §. 6 erläuterten Gesetzen.

Mit diesen Sätzen stimmt denn auch die l. 14 §. 2. D. cit. überein. Zunächst nämlich erwähnt sie nicht, daß dem Substituten als solchen Legate auferlegt sind, und es darf dies daher auch nicht angenommen werden, um so weniger, als offenbar von dem Juristen angenommen wird, daß die beiden Portionen ungleich belastet sind, was andeutet, daß die Belastung im ersten Testamente erfolgte, in welchem die beiden Portionen gebildet wurden. Sodann spricht das Gesetz entschieden nicht von Vereinigung beider Portionen, sondern sagt nur, daß bei der einen die Falcidie wegfalle,

non uti, wenn die andere das Fehlende decke. Was endlich das in die Rechnung zu ziehende Vermögen anlangt, so scheinen zwar die Worte de bonis alterius anzudeuten, daß das gesammte Vermögen des Pupillen in Anschlag zu bringen sey, auch das nicht vom Vater ererbte; allein diese Worte lassen sich jedenfalls auch so verstehen, daß sie nur die Erbportion des Pupillen bezeichnen, theils weil sie in Gegensatz zu der gesammten väterlichen Erbschaft gebracht sind, wie sie auf beide Söhne übergieng, theils weil es doch bei Weitem die Regel ist, daß ein Pupill kein anderes Vermögen hinterläßt, als das vom Vater ererbte. In diesem zweiten Sinne müssen aber die Worte genommen werden, weil Papinian sonst mit andern Juristen und mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, da es ja nach den in §. 6 gegebenen Ausführungen ganz unbezweifelter Grundsatz ist, daß bei der Berechnung der Falcidie von Seite eines Pupillarsubstituten das nicht vom Vater ererbte Vermögen des Pupillen niemals in Anschlag gebracht wird.

Gegen diese Darstellung kann denn auch der von Cujacius geltend gemachte Grund, substitutus revocatur ad intellectum institutionis, nichts entscheiden; denn dieser Satz ist von Papinian in l. 11 §. 6 D. h. t. nur angewendet worden, um die Vereinigung der auf eine Pupillarportion in beiden Testamenten gelegten Legate und die Trennung zweier Pupillarsubstituten desselben Pupillen in Einklang zu setzen. Keineswegs aber ist er ein allgemeiner für die Berechnung der Falcidie in allen Fällen einer Pupillarsubstitution geltender Grundsatz. Dies erhellt am entschiedensten daraus, daß er dann nicht gilt, wenn ein Miterbe dem Pupillen substituirt ist, wie in §. 8 ausgeführt wurde. Wenn nun aber eine Pupillarportion selbst dann nicht als Institutionsportion behandelt wird, wenn sie zu einer solchen hinzukommt, so kann dies umsoweniger geschehen, wenn sie nur mit einer andern Pupillarportion zusammentrifft; jener Satz gilt also nur für die Berufung mehrerer Personen auf dieselbe Portion, nicht aber auch für die Berufung der-

selben Person auf mehrere Portionen, es wäre denn, daß dieselbe von jeder Portion auch als Substitut, also proprio nomine wieder onerirt wäre.

Von dem bisher behandelten Falle wesentlich verschieden ist nun aber der, wenn Jemand nicht beiden Pupillen, sondern dem zuletzt sterbenden derselben substituirt ist, welchen Fall Papinian in dem §. 3 der l. 14 D. cit. in folgenden Worten anreiht:

Quodsi frater fratri legitimus heres extitit, et impuberi supremo substitutus: portio quidem paternorum bonorum, quam intestatus puer accepit, rationi Falcidiae non confundetur: sed quartam ejus tantum portionem substitutus retinebit, quam impubes accepit, qui substitutum habuit.

und noch ausführlicher in der l. 42 D. de substit. behandelt:

Qui duos impuberes filios heredes reliquerat, ita substituit, si ambo mortui essent: deinde pueri post mortem patris simul perierunt: Duae hereditatis substituto deferuntur. Sed si diversis temporibus vita decedant, in hereditate novissimi pueri ejus fratris, qui ante mortuus est, hereditatem substitutus inveniet. Sed in ratione Falcidiae pueri prioris hereditas non veniet, nec substitutus amplius quam sescunciam jure testamenti desiderabit: legata quoque, quae a substituto ejus filii data sunt, qui prior intestato decessit, ad irritum recidunt.

In diesen beiden Gesetzen *h*) ist nicht beiden Unmündigen, sondern nur demjenigen von ihnen, welcher zuletzt sterben würde, ein Pupillarsubstitut gegeben; in der l. 14 liegt dies deutlich in dem Worte supremo; aber auch der in der l. 42 cit. gebrauchte Ausdruck, si ambo mortui essent, hat denselben Sinn, wie aus dem Verlaufe des

---

*h*) Cujacius in respons. et definit. Papin. T. IV. p. 1126 und 1329.

Gesetzes erhellt, und durch die l. 10 C. de substit. außer Zweifel gesetzt wird.

Für diesen Fall nun unterscheidet Papinian, ob die beiden Unmündigen zu verschiedenen Zeiten, oder zu gleicher Zeit sterben. Wenn sie zu verschiedenen Zeiten sterben, so ist für den zuerst Sterbenden keine Substitution vorhanden; er wird vielmehr dem Willen des Vaters entsprechend von den gesetzlichen Erben beerbt, *i*) also von dem andern Unmündigen. Wenn dann dieser auch in der Unmündigkeit stirbt, so tritt nun der Pupillarsubstitut ein, und erhält somit in der Erbschaft des zuletzt Gestorbenen (novissimi pueri) zugleich auch die Erbschaft des zuerst Gestorbenen (ejus fratris), nicht aber, als wäre er nun auch auf diese als Substitut berufen, sondern nur so, wie er auch jeden andern Erwerb erhalten würde, den der zuletzt Gestorbene nach dem Tode des Vaters irgendwie gemacht hätte. Die Folge davon ist, daß auch bei der Berechnung der Falcidie von Seite des Substituten die Erbschaft des zuerst Gestorbenen gar nicht in Betracht kommt; nur aus der andern Hälfte der väterlichen Erbschaft, auf welche der zuletzt Gestorbene eingesetzt war, kann der Substitut die Quart berechnen; er fordert also jure testamenti, d. h. als falcidischen Antheil nur sescunciam; d. i. $1\frac{1}{2}$ Unzen oder $\frac{1}{8}$ der ganzen väterlichen Erbschaft. Was sodann die Legate anlangt, so sind natürlich diejenigen, welche etwa dem zuerst Gestorbenen auferlegt waren, auf dessen Erben als Schulden übergegangen, und erleiden einen Abzug nur, wenn sie die Quart der Portion des zuerst Gestorbenen übersteigen, indem, wenn ein Miterbe den andern beerbt, beide Portionen völlig getrennt gehalten werden, wenn es sich um die Falcidie fragt. *k*) Dagegen kommen für die Erbportion des zuletzt Gestorbenen, aus welchem sich der Substitut seinen Abzug berechnet, nach dem Grund-

---

*i*) l. 37 D. de substit.

*k*) l. 1. §. 15 D. ad leg. Falc. und siehe unten §.

satze der l. 11. §. 5. D. ad leg. Falc., in tabulis patris et filii unam servari Falcidiam, sowohl diejenigen Legate in die Berechnung, welche dem Pupillen selbst, als auch die, welche dem Substituten auferlegt sind. Diese Sätze ergeben sich aus den frühern Ausführungen mit Nothwendigkeit, und Papinian übergeht sie ganz, schließt aber die l. 42 cit. mit einer Bemerkung über die Legate, welche noch einer genauern Betrachtung bedarf. Diejenigen Legate, sagt er, welche von dem Substituten des zuerst in testato gestorbenen Pupillen hinterlassen sind, werden ungültig. Dieser Ausspruch ist offenbar deßhalb befremdend, und scheinbar mit dem Falle des Gesetzes in geradem Widerspruche, weil ja in diesem nur ein Substitut vorhanden ist, und der zuerst sterbende Pupill keinen Substituten hat. Die Glosse enthält keine genügende Lösung dieser Schwierigkeit; sie will diese Worte entweder auf den Anfang unsers Gesetzes beziehen, wo die beiden Pupillen als zugleich sterbend gedacht werden, oder auf den Schluß des Gesetzes, und sich dabei ein in folgender Weise angeordnetes Legat denken, si filius meus vel aliquis filiorum meorum in pupillari aetate dicesserit, lego. Allein die erste Erklärung ist offenbar irrig, und auch von Bartolus und Alexander verworfen, weil ja auch, wenn beide Pupillen zugleich sterben, nur ein Substitut da war, dieser aber gerade jetzt beide als Pupillarsubstitut beerbt, wie gleich nachher ausgeführt werden wird, mithin kein Legat ungültig werden kann. Die zweite Erklärung ist aber, wie auch der casus des Vivianus ganz vag und undeutlich, indem aus ihr nicht erhellt, welche Legate so angesehen werden sollen, als wären sie von dem Substituten des zuerst sterbenden Pupillen hinterlassen. Bestimmt spricht sich hierüber Cujacius aus, indem er die fraglichen Worte so erklärt, pro parte ejus, qui prior dicessit, legata a substituto relicta ad irritum recidunt; er nimmt also an, daß alle Legate, welche dem Substituten auferlegt sind, zur Hälfte ungültig würden. Allein diese Auslegung widerstreitet

streitet den Worten Papinian's völlig, und ist auch allen Rechtsprincipien zuwider; denn da es erlaubt ist, einen Substituten für den zuletzt Sterbenden zu ernennen, so müssen auch die Legate, welche dem Substituten ohne einen beschränkenden Zusatz auferlegt sind, jedenfalls gelten, wenn nur die Substitution gilt, gleichviel welcher Pupill zuerst stirbt. Demnach müssen wir zur Erklärung der fraglichen Worte die Legate unter der ausdrücklichen Bestimmung angeordnet denken, wenn der eine Pupill, welcher dann zuerst starb, zuletzt sterben würde, so daß das Testament etwa also lauten würde: „Ich setze meine beiden Söhne Gajus und Titius zu meinen Erben ein; sollten sie beide in der Unmündigkeit sterben, so soll ihnen Mävius substituirt seyn, und an Sempronius 100, und, soferne er des Gajus Erbe wird, auch an Sejus 50 entrichten." Hier kann man, obgleich nur ein Substitut da ist, dennoch sagen, die 50 an Sejus seyen von dem Substituten des Gajus, die 100 an Sempronius aber von dem Substituten des zuletzt Sterbenden hinterlassen. Das Resultat der beiden Gesetze ist demnach für den bisher behandelten ersten Fall, wenn die beiden Pupillen zu verschiedenen Zeiten sterben, dieses, daß der Substitut die beiden Portionen der väterlichen Erbschaft für die Berechnung der Falcidie völlig trennt *l*), und dies stimmt mit unserm Grundprincipe in §. 2 genau überein, weil die Vereinigung beider Portionen in einer Person nur mittelbar durch eine neue Beerbung erfolgt ist.

Wenn dagegen die beiden Pupillen zu gleicher Zeit sterben, so ist es zweifelhaft, ob der Substitut überhaupt eintritt, weil er nur dem letztsterbenden Pupillen substituirt ist, und man nicht weiß, welcher zuletzt gestorben sey; allein ebendeßhalb wird angenommen, sie seyen beide zuletzt gestorben, und der Substitut erhält nun die Erbschaften beider gerade so, als ob er vom Vater beiden Pupillen sub-

*l*) Carvalho §. 103—107. Voet §. 23. Roßhirt S. 537.

stituirt worden wäre *m*). Dies sagt auch Papinian in l. 42 cit. im Anfange, duae hereditates substituto deferuntur, ohne jedoch hinzuzufügen, wie hier die Falcidische Rechnung zu machen sey. Offenbar muß hier aber die oben erörterte Entscheidung der l. 14 §. 2 D. ad leg. Falc. gelten, wie auch allgemein angenommen wird *n*).

## §. 10.

Die Reihenfolge der oben in §. 2 i. f. aufgezählten Fälle führt uns nun zur Betrachtung des Falles, wenn ein im Testamente eingesetztes Kind die bonorum possessio contra tabulas deßhalb agnoscirt, quia edictum per alium commissum est, und dabei fragt es sich um die Berechnung der Quart von Seite dieses Kindes selbst, und von Seite eines ihm etwa gegebenen und nachfolgenden Pupillarsubstituten.

Der angegebene Fall kann sich übrigens in dreifacher Weise ereignen; entweder ist ein suus eingesetzt und ein emancipatus präterirt, oder umgekehrt, oder endlich es ist ein emancipatus eingesetzt, und ein anderer emancipatus präterirt. Die Unterscheidung dieser drei Fälle ist wichtig für die schwierige, unter den römischen Juristen selbst bestrittene Frage, ob von dem einen oder andern Sohne sämmtliche Legate, oder nur die den personis exceptis hinterlassenen entrichtet werden müssen, oder endlich ob gar keine Legate zu zahlen sind. Wenn das Edikt durch einen emancipatus committirt wird, so muß sowohl er, als der aus seiner Person die b. p. c. t. agnoscirende Eingesetzte die Legate nur an die personae exceptae entrichten; tritt dagegen der Eingesetzte ex testamento an, so war

*m*) l. 34 pr. D. de substit. l. 9 pr. D. de reb. dub. l. 57 §. 1 D. ad S.C. Trebell. — Cujacius in tract. ad Afric. ad l. 34 cit. Glück Intestaterbfolge S. 14—18.

*n*) Cujacius l. c. Carvalho §. 108. Roßhirt S. 537.

Streit, ob er alle Legate entrichten müsse, oder doch auch nur die an personae exceptae o). Wenn dagegen das Edikt durch einen suus committirt wird, so braucht er selbst keine Legate zu entrichten; ob aber der durch ihn zur b. p. c. t. gelassene Eingesetzte denselben Vortheil genieße, oder die Legate an personae exceptae erfüllen müsse p). Für unsere Frage nach der Berechnung der Quart sind aber diese Widersprüche q), sowie die Unterscheidung der oben bezeichneten drei Fälle gleichgültig. Unsere Frage wird vielmehr durch folgende Erwägungen erschöpft.

Wenn in Folge der b. p. c. t. ein eingesetztes Kind eine kleinere Portion erhält, als auf die es eingesetzt ist, so ist auch nicht einmal der Schein einer Vereinigung zweier Portionen derselben Erbschaft in einer Person vorhanden, und das Kind berechnet sich die Quart, es mag nun die Legate an alle, oder nur an die exceptae p. leisten, lediglich aus der ihm bleibenden Portion; dies gilt natürlich auch von dem Pupillarsubstituten, der das Kind beerbt, und die demselben auferlegten Legate entrichten muß, wobei dann im Uebrigen die oben von der Pupillarsubstitution ausgeführten Grundsätze zur Anwendung kommen, mithin der Substitut die ihm selbst auferlegten Legate alle, auch an extranei zu entrichten hat. — Dieser sich ganz von selbst ergebende Satz ist in folgenden Gesetzen übereinstimmend ausgesprochen.

Ulpianus lib. 40 ad Ed. — l. 5 pr. D. de leg. praest.

Filium quis impuberem heredem scripsit, eique substituit; emancipatum autem filium praeteriit, deinde uterque filius acceperunt bonorum possessio-

---

o) l. 5 pr. l. 14 pr. l. 15 pr. §. 1 D. de leg. praest. vgl. mit l. 14 D. de b. p. c. t.

p) l. 15 pr. l. 16 D. de legat. praest.

q) vgl. darüber Franke, Notherben-Recht S. 145—156.

nem: legata sunt etiam a substituto impuberis relicta non tantum liberis et parentibus verum etiam extraneis. Quaeritur an mortuo impubere cogatur substitutus ea praestare? Et si quidem ab impubere relicta sunt, solis liberis parentibusque praestanda sunt, sin vero a substituto impuberis, omnibus eum praestare oportet, habita ratione legis Falcidiae, scilicet ut partis dimidiae, quae ad eum ex bonis patris pervenit, quartam, i. e. totius assis sescunciam retineat.

In dem Falle dieses Gesetzes war der Unmündige allein eingesetzt; durch die b. p. c. t. erhält er nur die Hälfte der Erbschaft; nur nach dieser werden also die Legate entrichtet, und die Falcidia berechnet, gleichviel ob er oder sein Substitut die Rechnung macht, nach dem Grundsatze in tabulis patris et filii una Falcidia. Aber der Pupill schuldet nur die Legate an personae exceptae, und nur diese gehen mithin auch auf den Substituten über; die ihm selbst auferlegten Legate dagegen muß der Substitut alle, auch an extranei, entrichten, weil er ja nicht durch b. p. c. t., sondern ex testamento succedirt. Eben so sagt Scävola in l. 103 §. 3 D. de leg. III.

Contra quoque si ex dodrante institutus commisso edicto semissem acceperit bonorum possessionem, ex semisse tantum legata substitutus debebit: quomodo enim augentur, ubi amplius est in bonorum possessione, sic et ubi minus est, deducitur.

Der Sinn des Gesetzes ist klar, und nach der Vergleichung mit dem vorigen auch anzunehmen, daß es von Legaten redet, welche dem Substituten auferlegt. Sprachlich aber muß das Gesetz offenbar verbessert werden, indem man entweder semissis liest, oder per b. p., oder semissem b. possessionis r). Fast mit denselben Worten entscheidet endlich Africanus in l. 35 D. de substit.

---

r) Das erste hat Charondas, Cujacius obs. III, 9., das zweite

**His consequens esse existimo, ut, si impubes ex asse heres scriptus sit et per bonorum possessionem semis ei ablatus sit, substitutus in partem legati nomine exoneretur: ut quemadmodum portio quae per bonorum possessionem accesserit auget legata, ita et hic, quae abscesserit, minuat.**

Wenden wir uns nun zu dem umgekehrten Falle, wenn das eingesetzte Kind durch die **b. p. c. t.** eine größere Portion erhält, als auf welche es eingesetzt war, so werden nun scheinbar zwei Portionen derselben Erbschaft in einer Person vereinigt, und es könnte daher bezweifelt werden, ob für die Berechnung der Falcidischen Quart der durch die **b. p. c. t.** gewonnene Zuwachs mit der Einsetzungsportion zusammengeworfen, und als eine Portion behandelt werden müsse? Nach unserm in §. 2 aufgestellten Grundprincipe verglichen mit der Natur der **b. p. c. t.** muß dies aber gewiß bejaht werden. Denn das eingesetzte Kind wird hier auf die ganze ihm durch die **b. p. c. t.** zufallende Portion auf eignen Namen und in gleicher Weise berufen, so daß genau betrachtet gar nicht von zwei verschiedenen Portionen gesprochen werden kann. Es ist dies aber auch in mehreren Gesetzen deutlich ausgesprochen. Paulus sagt in **l. 126 D. de leg. I.**:

**Sed si committente aliquo ex liberis in edictum Praetoris, quo contra tabulas bonorum possessionem pollicetur, scriptus quoque filius contra tab. b. p. petierit, substitutus ejus legata pro modo patrimonii, quod ad filium pervenit, praestabit, perinde ac si id quod per b. p. filius habebit, a patre accepisset.**

Hier wird der durch die **b. p.** erhaltene Zuwachs von der Einsetzungsportion nicht getrennt, sondern als mit ihr

---

die Ausgabe **de Tortis 1506.** Franke, NothE.R. S. 160 **not. 32,** das dritte die Ausgabe von **Claud. Chevall. 1520.**

zugleich durch denselben Delationsgrund geboten, mithin ganz als *eine* Portion behandelt. Zwar ist in diesem Gesetze nur von dem Substituten die Rede; allein darin liegt schon, daß dasselbe auch für den Pupillen gilt, an dessen Stelle er getreten ist. Ausdrücklich ist dies aber auch noch gesagt von *Africanus* in l. 35 D. de substit.

Sic et crescere a substituto data legata, si per bonorum poss. plus ad filium pervenisset, quemadmodum et ipse filius plus exceptis deberet.

und hiemit stimmt auch *Ulpian* in l. 5 §. 1 D. de legat. praest. überein:

Quod si impubes ex uncia duntaxat institutus fuerit, magis est, semissem usque legata praestaturum, habita ratione legis Falcidiae: enim ex uncia fuerit impubes institutus, tamen, quod accessit, augebit legata a substituto relicta.

Dabei enthalten alle diese Gesetze offenbar den Grundsatz, daß der Substitut die von dem Pupillen auf ihn übergehenden Legate nur an die personae exceptae, die ihm selbst auferlegten aber alle, auch an extranei, zu leisten hat. Ganz deutlich sagt dies aber endlich noch *Africanus* in l. 34 §. 2 D. de subst.

Etiamsi contra patris tabulas b. p. petita sit, substitutio tamen pupillaris valet, et legata omnibus praestanda sunt, quae a substitutione data sunt.

Hierin liegt zugleich durch das argumentum a contrario, daß der Substitut die von dem Pupillen auf ihn übergehenden Legate nicht an alle zu entrichten hat.

Mit den bisher entwickelten Sätzen steht nun aber *Scaevola* in l. 103 §. 2 D. de leg. III. in einem merkwürdigen Widerspruche, indem er sagt:

Si filius ex uncia heres institutus sit; et ab eo legata data sint, habeat et substitutum, deinde commisso edicto per alium filium accepit partis dimidiae bonorum possessionem: substitutus ejus utrum ex uncia legata praestat, an vero ex semisse? Et verius

est, ex semisse: *sed ex uncia omnibus, ex reliquis liberis et parentibus.*

Hier ist zwar, wie von den übrigen Gesetzen, der auch in dem gleichfolgenden §. 3 wiederholte Satz ausgesprochen, daß für die Berechnung der Falcidie nicht blos die Einsetzungsportion, sondern auch der Zuwachs durch die b. p. in Betracht kommt, und daß dadurch die Legate eine Vermehrung erhalten. Allein bezüglich der Frage, welche Legate überhaupt dabei geleistet werden sollen, entscheidet Scaevola ganz unbegreiflicher Weise, die dem Pupillen selbst auferlegten Legate müsse der Substitut, soweit die Einsetzungsportion reicht, an alle, auch an extranei entrichten. Unbegreiflich ist diese Entscheidung, da doch unbezweifelt der Pupill selbst die Legate nur an die personae exceptae zu entrichten hat. Zwar hat Bartolus mit einigen ältern Juristen aus diesem Gesetze folgern wollen, daß auch der Pupill selbst, soweit seine Einsetzungsportion reicht, alle Legate entrichten müsse; allein dies widerstreitet allen anerkannten Rechtsgrundsätzen. Daher haben einige *s*) die Entscheidung Scaevola's in folgender Weise zu rechtfertigen gesucht. Wenn der eingesetzte Sohn durch die b. p. c. t. eine größere Portion erhalte, so habe er in dieser auch seine Einsetzungsportion nur beneficio praetoris, und zahle daher auch von ihr die Legate nur an die personae exceptae; der Substitut dagegen habe diesen Theil dennoch ex voluntate patris und müsse daher alle Legate davon entrichten. Allein diese Erklärung ist durchaus verwerflich. Denn zunächst beseitigt sie den Widerspruch mit dem anerkannten Grundsatze der l. 11 §. 5 ad leg. Falc. l. 113 §. 3 D. de leg. I, daß der Substitut die Legate des Pupillen nur wie ein aes alienum schuldet,

---

*s*) A. Fabes, conj. V. c. 1. de Retes Opusc. lib. III. ad h. l. in thes. Murm. T. VI. p. 177—179. Carvalho §. 52—60. — Goveanus, animadv. lib. I. ad l. 34 §. 2 de subst. in tract. Jenae 1596 11. p. 170—172.

nicht; sodann hat ja aber der Substitut die ganze Erbschaft des Sohnes, also auch den Zuwachs, welchen dieser durch die b. p. c. t. erhielt, durch den in der Substitution ausgesprochenen Willen des Vaters, und müßte daher, wenn dieser Umstand entschiede, auch hievon, also ex semisse, die Legate an extranei entrichten; endlich löst diese Erklärung den Widerspruch mit l. 5 pr. D. de leg. praest. durchaus nicht. Nach dem allen ist man berechtigt und gezwungen, anzunehmen, daß die l. 103 §. 2 cit. corrumpirt ist, umsomehr, als dies auch bei dem §. 1 und 3 desselben Gesetzes der Fall ist. Deßhalb hat schon Cujacius t) eine doppelte Emendation der Stelle vorgenommen; er versetzt zunächst die Anfangsworte so: Si filius ex uncia heres institutus sit, habeat et substitutum, et ab eo legata data sint, so daß die ganze Entscheidung auf Legate des Substituten geht, und erklärt die Schlußworte von sed ex uncia an für einen unächten Zusatz. Hiemit stimmt im Wesentlichen auch Franke, Noth-Erben-Recht S. 156—163 überein; doch findet er das Wegstreichen der Schlußworte etwas bedenklich, weil sich nicht erklären lasse, wie Jemand auf gerade diesen Zusatz habe verfallen können, und glaubt, wenn man nur die Stelle auf Legate des Pupillen beziehe, so ließen sich die Schlußworte vielleicht so erklären: Der Pupill sey auf $\frac{1}{12}$ eingesetzt, so weit ipso jure Erbe geworden, und gerade dadurch bleibe die Pupillarsubstitution bei Kraft; soweit also müsse der Substitut die Legate ohne Unterschied der Person entrichten. Allein diese Erklärung ist in der Hauptsache mit der von Faber identisch, und, wie sie, nicht haltbar, da ja auch der Zuwachs durch die b. p. c. t. dem Substituten nur durch die

t) Obs. lib. III. c. g. tract. ad Afr. V. ad l. 35 D. de subst. u. in Comm. ad l. 5 D. de leg. praest. T. VIII. p. 62—64. u. ad l. 103 cit. T. X. p. 1106. — Ihm ist beigetreten Papillonius l. c. c. 8. p. 750. u. f. — Stemann S. 307. Ganz übergangen ist die l. 103 cit. von Westphal v. Testam. §. 707, und die ganze Lehre von Roßhirt.

väterliche Anordnung zukommt. Die Endworte müssen also gestrichen werden; wie aber Jemand auf diesen Zusatz kommen konnte, ist doch gewiß nicht mehr unerklärlich, nachdem so tüchtige Kenner des römischen Rechts, wie Faber und Franke, ihn vertheidigt haben. Dann erscheint aber die Umstellung der Worte im Anfange der Stelle nicht mehr absolut nothwendig, obgleich sie allerdings das Gesetz mehr abrundet, weil auch im principium von Legaten des Substituten die Rede ist.

## §. 11.

Ein Zusammentreffen zweier Portionen derselben Erbschaft in einer Person ereignet sich ferner, wenn ein Vater und sein Hauskind oder ein Herr und sein Sklave neben einander eingesetzt sind, und das Kind oder der Sklave auf Befehl des Vaters oder Herrn die Erbschaft antritt, indem nun der Vater oder Herr seine eigene und die Portion des Kindes oder Sklaven erwirbt. Ueber diesen Fall haben wir folgende zwei Gesetzesstellen:

**Scaevola lib. 4. Responsorum. l. 25 pr. D. ad leg. Falc.**

**Maritum suum et filium communem aequis partibus heredes instituit. Quaesitum est, an in ratione legis Falcidiae imputandum sit marito, quod ad eum ex eadem hereditate per filium pervenit? Respondit, si ex institutione filii tantum retineat, quantum ad Falcidiam satis sit, nihil quartae nomine deducendum.**

Das Verständniß dieses Gesetzes ist ohne Schwierigkeit. Die Portion des Vaters ist überschwert, die des Sohnes nicht, und der Vater soll den Gewinn, den er aus der Portion des Sohnes macht, in die Quart seiner eigenen einrechnen. Schwieriger ist das folgende Gesetz.

**Paulus lib. XII. Quaestionum l. 21 §. 1 D. ad leg. Falc.**

Si ego et servus meus heredes instituti simus ex diversis partibus, nec a servo erogatus dodrans: his, quibus a me legatum est, contra Falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit supra Falcidiam ejus portionis. Ex contrario si servo meo servus, et mihi decem legata fuerint, servi Falcidia ex decem mihi legatis non tenetur, exemplo eodem Falcidiae: nam quartam retineo ex persona servi, quamvis de mea portione nihil exhaustum sit.

Die erste Hälfte des Gesetzes ist klar, und enthält den mit der l. 25 cit. ganz übereinstimmenden Satz, daß der Herr mit dem Ueberschusse derjenigen Portion, welche er durch den Sklaven erhält, den Mangel seiner eigenen Portion decken muß. *u*) Ebenso deutlich entscheiden die Schlußworte, daß der Satz nicht auch umgekehrt gilt, daß also der Mangel der Sklavenportion durch den Ueberschuß der eigenen nicht gedeckt zu werden braucht. Dagegen ist der Zwischensatz über die Legate an den Herrn und Sklaven sehr dunkel. Die Glosse will die Worte servo meo nehmen für a servo meo, und das Wort mihi für a me; allein abgesehen davon, daß dies gegen alle Regeln der Sprache ist, wäre es doch gewiß ganz unnatürlich anzunehmen, daß durch das Legat eines einzigen Sklaven die Quart einer Erbportion verletzt seyn sollte. Die Glosse versucht daher selbst noch eine andere Erklärung, indem sie sich die beiden Legate als Wechsellegate denkt, so daß von dem Herrn an den neben ihm eingesetzten Sklaven ein Sklave, und von dem Sklaven an den Herrn die zehn legirt wären; allein auch dies geht nicht, indem, wie schon Hugolinus bemerkt hat, das Legat an den Herrn in diesem Falle nach l. 20 D. h. t. gar nicht gelten würde. Die richtige Erklä-

---

*u*) Daß so interpungirt werden muß, wie oben im Texte, ist klar; die Interpunktion in den meisten Gothofredischen Ausgaben, welche das Colon nach legatum est setzt, ist sinnlos.

rung findet sich bei Cujacius v), obgleich nur kurz angedeutet. Paulus will hier nämlich den zweiten Theil seiner Hauptentscheidung durch einen analogen Fall unterstützen, den er in seiner gewohnten lakonischen Weise einschiebt. Dieser analoge Fall ist folgender. Der Herr und sein Sklave sind beide nicht Erben, sondern nur Legatare, so daß dem Herrn die Summe von zehn, dem Sklaven ein Sklave legirt ist; der Erbe, welcher beide Legate entrichten soll, ist in seiner Quart verletzt, so daß er von beiden Legaten einen Abzug macht. Hier könnte es nun scheinen, als ob die Abzugsrate, welche auf den legirten Sklaven trifft, **servi Falcidia**, da sie natürlich nicht **in natura**, sondern nur in einer Geldvergütung gemacht werden kann, auch von dem Legate der zehn zurückbehalten werden könne, weil ja doch der Herr die beiden Legate erwirbt. Allein Paulus verneint dies, und setzt dann hinzu, geradeso brauche der Herr den Mangel der Einsetzungsportion des Sklaven nicht mit dem Ueberschusse der seinigen zu decken. Die Analogie beider Fälle ist also diese: der Herr braucht den Mangel des seinem Sklaven gegebenen Legates nicht von seinem Legate, und, wenn sie Miterben sind, den Mangel der Portion seines Sklaven nicht von seiner Portion zu decken, obgleich er Legat und Erbschaftsportion durch seinen Sklaven erwirbt. Man kann mithin den Gedanken des Paulus auch so ausdrücken: sowohl die aktive als passive Berechnung, **imputatio et computatio**, des falcidischen Abzugs findet getrennt statt, wenn Herr und Sklave in demselben Testamente honorirt sind, und die Verletzung sich nur in der Person des Sklaven zeigt. Der Grund dieser Entscheidung, den Paulus nicht angiebt, soll nachher erörtert werden. Zunächst ist noch eine grammatische Schwierigkeit zu beseitigen. Es fehlt nämlich einerseits eine die Vergleichung der beiden Fälle einleitende und vermittelnde Conjunktion, und andererseits enthalten

---

v) **in quaest. Pauli ad h. l. T. V. p. 1068.**

die Worte **exemplo eodem Falcidiae** eine unverkennbare Härte, und machen den nur zur Unterstützung angeführten Fall gewissermassen zum Hauptsatze. Cujacius schlägt daher eine sehr einfache und zweckmäßige Emendation in der Art vor, daß statt **Falcidiae nam**, gelesen werde **Falcidianam**. Dadurch werden die Worte **exemplo eodem** zum Nachsatze gezogen, und lassen die darin gegebene Entscheidung als den durch das Vorhergehende unterstützten Hauptgedanken erscheinen. Zur völligen Abrundung der Periode könnte man wohl vor **si** noch **sicut** setzen, dessen Ausfallen vielleicht dadurch veranlaßt wurde, daß die Sigle s̄ oder **sic.** für eine Wiederholung des **si** gehalten ward.

Was nun die offenbar übereinstimmende Entscheidung der beiden Gesetze anlangt, so wird sie von den Meisten so aufgefaßt, daß in diesem Falle, wie beim Accrescenzrechte, die Regel gelten solle, wenn die überschwerte Portion des Sklaven oder Sohnes zu der freien des Herrn oder Vaters hinzukommt, trete getrennte, außerdem aber vereinigte Berechnung ein *w*). Allein, wie schon oben in §. 5 ausgeführt wurde, daß bei dem Accrescenzrechte nicht eine Vereinigung beider Portionen, sondern nur das Einrechnen des Ueberschusses einer Portion in die andere vorgeschrieben ist, so muß dies auch hier behauptet werden. Die beiden angeführten Gesetze lassen hierüber nicht den mindesten Zweifel; sie sprechen nirgends von einem **confundere** oder **commiscere**, sondern sagen deutlich, der Vater müsse nur in seine Quart einrechnen, was er durch den Sohn über die Quart aus dessen Portion erhält, woraus denn erhellt, daß von dieser Portion vorher die Legate getrennt und vollständig entrichtet seyn müssen, der Rest über die Quart nützt dann den Legataren der andern Portion. In diesem

*w*) Carvalho §. 109—114. Voet h. t. §. 21. Bernstorff §. 21. Roßhirt S. 538. Wening V. §. 225. Thibaut §. 916.

Sinne sind auch die beiden Gesetze von der Glosse, und von Cujacius aufgefaßt worden. Es ist demnach dieser Fall unter diejenigen zu zählen, bei welchen Trennung beider Portionen stattfindet, und nur ausnahmsweise aus Billigkeit der Ueberschuß eingerechnet werden muß. Dies stimmt aber auch mit dem oben in §. 2 aufgestellten Grundprincipe vollkommen überein. Denn wenn auch der Testator weiß, daß der Vater durch den Sohn erwirbt, und insoferne der Vater beide Portionen durch den Willen des Testator erhält, so ist er doch nicht selbst auf beide eingesetzt, und erwirbt die Portion des Sohnes nicht auf eignen Namen und unmittelbar durch testatorische Anordnung, sondern nur durch den vermittelnden Umstand der väterlichen Gewalt, welcher überdies insoferne als zufällig erscheint, als sich die Gewalt vor dem Tode des Testator lösen kann, in welchem Falle der Vater die Portion seines Kindes nicht erwirbt *x*). Der Satz, daß durch die Einsetzung des Sohnes oder Sklaven nicht der Vater selbst als eingesetzt erscheint, ist auch im römischen Rechte in einer Reihe der wichtigsten Anwendungen ausgesprochen, von denen nur die gerade hier ganz entscheidende hervorgehoben werden soll, daß der Vater die dem Sohne auferlegten Legate nur in dessen Namen schuldet, ex persona filii tenetur *y*). Demnach ist es denn auch völlig consequent, daß von den Legaten beider Portionen die Quart getrennt berechnet werde, und die Einrechnung des Ueberschusses aus

---

*x*) l. 7 D. de her. inst. l. 62 §. 1. l. 80 §. 2. l. 82 D. de adqu. hered.

*y*) l. 11. D. de leg. I. — Andere Anwendungen dieses Grundsatzes enthalten l. 30 §. 1, 7. l. 35 §. 2. l. 36. l. 45. l. 47 D. de adqu. her. l. 3 l. 8 §. 1 D. de subst. l. 44 D. de condit. l. 3 §. 2 D. de leg. praest. Cujacius ad l. 11 D. cit. in quaest. Pap. T. IV. p. 202. — Duaren ad l. 11 cit. Opp. pag. 1136 u. in Comment. de adqu. her. p. 1055. f. die zweite Abhandlung §. 5.

der Portion des Sohnes nur eine Billigkeitsentscheidung, wie beim Accresciren.

Was nun endlich die Gestaltung dieses Falles im neusten Rechte anlangt, so erwirbt bekanntlich der Vater an den seinen Kindern zufallenden Erbschaften nur noch den Nießbrauch; er braucht also auch nur noch den Werth des Nießbrauches an dem Ueberschusse aus der Portion des Sohnes in die Quart seiner Portion einzurechnen. Nur in zwei Fällen erwirbt der Vater eine dem Kinde deferirte Erbschaft auch noch im neusten Rechte völlig, nämlich, wenn das Hauskind dieselbe ausschlägt, zufolge der l. 8 pr. §. 1 u. 2 C. de bonis, quae lib., und wenn es als Kind stirbt, zufolge der fälschlich von Vielen sogenannten transmissio ex capite infantiae nach l. 18 C. de jure delib. — In diesen beiden Fällen will nun Roßhirt S. 538 u. f. die Entscheidung der l. 21 §. 1 u. l. 25 pr. D. ad leg. Falc. zur Anwendung bringen. Allein dies kann nur in dem zweiten Falle zugegeben werden, in welchem der Vater nach der Vorschrift der l. 18 C. cit. die dem verstorbenen Kinde deferirte Erbschaft gerade so erhalten soll, als wäre sie von dem Kinde selbst, und durch dieses ihm erworben worden, jure patrio quasi jam infanti quaesita capere. In dem ersten Falle dagegen soll nach l. 8. §. 2 C. cit. der Vater die Erbschaft gerade so erhalten, als wenn er selbst eingesetzt gewesen wäre, und soll daher auch auf eignen Namen in alle Lasten eintreten; quasi ipse pater ab initio fuisset heres institutus, eo videlicet subjacente omnibus oneribus hereditariis; hier muß also auch eine unbedingte Vereinigung beider Portionen angenommen werden. —

## §. 12.

Zuletzt bleiben nur noch diejenigen Fälle zu erwähnen übrig, in welchen zwei Portionen derselben Erbschaft an zwei verschiedene [redacted]onen deferirt oder erworben, nachher aber durch einen ganz neuen durchaus nicht aus jener Erbschaft, am allerwenigsten aus einer Disposition des Testator

hervorgehenden Grund, also durch eine anderweitige Succession auf den Todesfall oder unter Lebenden in einer Person vereinigt werden. Hier muß entschieden eine völlig getrennte Berechnung Platz greifen, weil die beiden Portionen im Momente ihrer Vereinigung schon gar nicht mehr als Portionen derselben Erbschaft betrachtet werden können. So entscheidet auch Paulus in l. 1 §. 15 D. ad leg. Falc.

Si coheredem meum post aditam hereditatem adrogavero, non dubitabitur, quin separandae sint portiones, perinde atque si coheredi meo heres exstitissem.

Dieses Gesetz enthält zwei hieher gehörige Fälle, wenn nämlich ein Erbe seinen Miterben beerbt, und wenn er ihn arrogirt, nachdem er die Erbschaft bereits erworben hat; findet die Arrogation vor dem Erwerbe der Erbschaft statt, so muß die Bestimmung der l. 21 §. 1 l. 25 pr. D. ad leg. Falc. Platz greifen. Andere hieher gehörige Fälle, worüber wir keine gesetzliche Entscheidung haben, sind, wenn ein Erbe die Portion seines Miterben durch eine Singularsuccession, Kauf, Tausch, Schenkung erwirbt, oder wenn er durch eine Entziehung wegen Indignität an seine Stelle tritt, wie schon Carvalho §. 116—118 mit Berufung auf Imola und Alexander gegen Angelus vertheidigt hat. Hieher gehört auch der schon oben in §. 9 erörterte Fall, wenn Jemand dem zuletzt Sterbenden von zwei Pupillen substituirt ist, und diese zu verschiedenen Zeiten sterben, indem hier die Vereinigung dadurch erfolgt, daß ein Erbe seinen Miterben beerbt.

Durch die bisherige Erörterung der einzelnen Fälle dürfte das in §. 2 aufgestellte Grundprincip vollkommen bestätigt und begründet seyn, sowie hieraus zugleich erhellt, daß der Satz portio accedens gravata separatur, non gravata conjungitur, den die meisten ältern Juristen für das Princip dieser Lehre gehalten haben, vollkommen unzureichend ist, und weder allgemein, wie Voorda und Cujacius, noch bei dem Accrescenzrechte, wie Faber und

Bernstorff, noch bei der Pupillarsubstitution, wie Carvalho behauptet, die Entscheidung begründet. Das hier vertheidigte Princip ist aber auch einfach und natürlich; denn so oft Jemand vom Testator selbst unmittelbar auf mehrere Portionen berufen, oder doch von mehreren Portionen namentlich onerirt ist, hat sich dieser selbst die Vereinigung dieser Portionen in seiner Person gedacht, und sie dadurch zu einer Portion gestempelt; der Wille und die Absicht des Testator ist aber in allen Fragen des Erbrechtes das Entscheidende, und somit enthält unser Princip am Ende nichts weiter, als den einfachen Satz: Die mehrern Portionen werden vereinigt, wenn es der Testator so gewollt hat.

Zur Erschöpfung der ganzen Lehre sind jetzt nur noch folgende Sätze zu erwähnen:

1) Wenn ein Erbe seine Portion erworben hat, dieser Erwerb aber durch das **beneficium abstinendi** oder eine **in integrum restitutio** wieder aufgehoben wird, so wird es bekanntlich so angesehen, als habe der Erwerb nicht statt gefunden, und es tritt nun die Substitution oder das Accrescenzrecht ein; z) folglich müssen dann auch für unsere Frage dieselben Grundsätze gelten, als hätte der Erbe seine Portion nicht erworben, wie Carvalho §. 115 ganz richtig bemerkt.

2) In allen den Fällen, in welchen völlige Vereinigung beider Portionen oder Einrechnung des Ueberschusses der einen in die Quart der andern eintritt, ist es gleichgültig, ob noch von keiner Portion die Legate entrichtet sind, oder deren Auszahlung theilweise oder ganz bereits statt gefunden hat. Im letzten Falle heißt es, **ex integro ratio legis Falcidiae ponenda erit**, wie in **l. 78 §. 8 D. ad leg. Falc.** gesagt wird, und es findet sowohl Rückforderung des zu viel Gezahlten als Nachforderung von Seite der Legatare statt.

z) l. 6 §. 2, 3 D. de bonis lib. l. 44 D. de re jud.

# Zweite Abhandlung.

## Ueber Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen.

Bei unsern ältern und neuern Systematikern findet sich übereinstimmend der Satz, es könne zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen keine **obligatio civilis**, sondern nur eine **obligatio naturalis** bestehen. *a*) Ueber den Grund und die Bedeutung dieses Satzes, über die Ausnahmen, welche er erleidet, und über die Wirkung solcher Naturalobligationen bestehen aber die abweichendsten Ansichten, und darum dürfte eine umfassende Behandlung dieser Lehre, wie sie hier versucht werden soll, nicht überflüssig seyn. Besondere dogmatische Darstellungen derselben existiren nur wenige, *b*) und sie genügen jedenfalls dem gegenwärtigen Standpunkte der Wissenschaft nicht mehr. Am häufigsten und ausführlichsten ist diese Lehre von den Exegeten des Cardinalgesetzes, der berühmten und sogar unter die **septem leges damnatae** gezählten **l. Frater a fratre 38. D. de cond. ind.** behandelt worden, von welchen ich folgende verglichen habe. **R. Fulgosius ad**

---

*a)* Donellus, comment. j. c. XII. c. 23 §. 7—11. ed. Bucher. p. 242—46. Thibaut §. 246. Wening, IV. §. 86. Mühlenbruch §. 563.

*b)* Goeddaeus, in Comment. de stipulat. cap. 7 concl. 5 n. 42 sq. — Hildebrand, de oblig. inter patrem et filium. Altorfi 1703. — Titius (resp. Ernst) de contractibus patris et liberorum in potestate ejus existentium. Lips. 1723; auch in dessen disput. jur. Lips. 1729. III. n. 23. Schömann, Handbuch B. 2. S. 188—201. Die Diss. v. Hildebrand konnte ich leider nicht erhalten. —

h. l. in Comm. in Dig. Vetus. Lugd. 1554. fol. 57—59. — J. Corasius, in l. Frater commentarii in Opp. c. Forsteri Viteb. 1603. T. II. p. 633—669. — Fr. Duarenus in Comment. ad D. de cond. ind. cap. VI. in Opp. Lugd. 1579. T. II. p. 77—81. — J. Cujacius, tract. IX ad Africanum; recit. sol. ad l. 18 D. fam. erc. T. VII. p. 504—509; controv. J. Roberti et J. Cujacii, lib. III. c. 6 u. 7, T. X. p. 266—276. — H. Donellus, comment. j. c. lib. XIV. c. 19 ed. Bucher. T. VIII. p. 349—369. — A. Faber, ration. ad Pand. h. l. T. III. p. 396—402 und conj. j. c. XX, c. 20. — V. Cabotius, disput. lib. I, c. 22—24; in thes. Meerm. T. IV, p. 609—611. — Ramos del Manzano, recitat. ad nobiliss. l. Frater, ibid. T. VII, p. 70—77. — Charondas, virisimilium lib. I, c. 9, in thes. Ottonis T. I. p. 706. — H. a Suerin, lectiones j. civ. c. 10. ibid. T. IV. p. 23—28. — Ev. Otto in praef. ad thes. T. V. p. XXIV. — Lescurius, Hotomannus in append. ad Lescurium, J. Pacius, Mercerius, Davydargenteus, Freherus comment. ad l. Frater, in thes. Ott. T. V. p. 534—614. — Hotomannus, observ. lib. XI. c. 3. — J. Voet, comment. in Pand. de cond. ind. §. 20. — Bachovius, notae ad Treutlerum, Vol. I, disp. XXII. thes. 9. lit. B. Heidelb. 1617. T. I. p. 872—875. — J. Wissenbacius, exerc. ad Pand. Vol. I. disp. XXV. thes. 14—22 Franek. 1658. T. I, p. 315—320. — J. Hahn, disput. ad leges damnatas. Mogunt. 1748. anal. 3. p. 16—18. — Struvius, syntagma j. civ. c. add. Mülleri, de cond. ind. exerc. 18. §. 34. Francof. 1718. T. I. p. 1174—78. — Cocceji, jus civ. contr. de cond. ind. qu. 6. — Glück, Commentar, B. 13. S. 88—93. Dagegen habe ich die nachgenannten leider nicht erhalten können. J. Robertus, receptae jur. lectiones, lib. I. c. 30. — Masius, sing. opinionum lib. IV. c. 6 sq. — Maranus in opp. p. 553 sq. — Chesius diff. jur. c. 57 in jurispr. Rom. et

Att. T. II. p. 797. — Marckart, exercit. de cond. ind. c. 2 §. 7. in ej. exerc. acad. p. 101 sq. — Gerlach diss. ad celeb. l. 38 de cond. ind. Tub. 1738. — C. v. Eck, comment. de septem leg. damn. Halae 1766. cap. 3; auch in den suppl. ad thes. Meermanni. — de Toullieu, collect. j. civ. diss. II, p. 46 sq. —

## §. 1.

Bei den Pandektenschriftstellern findet sich ganz übereinstimmend der Satz, daß zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen keine obligatio civilis, also auch keine actio oder lis möglich ist *c*), ausgenommen, in soferne ein Haussohn ein peculium castrense besitzt; in Bezug auf dieses erscheint er nämlich als paterfamilias, und findet zwischen ihm und seinem Vater oder seinen Geschwistern obligatio, actio und lis statt *d*). So einig nun auch unsere Juristen wegen der vielen unzweideutigen Aussprüche der Gesetze über diese Rechtssätze selbst sind, so wenig stimmen sie in der Auffindung des Grundes derselben überein, welcher in den Gesetzen nicht angegeben wird.

Accursius sagt hierüber in der Glosse zu §. 1. J. de oblig., zwischen Vater und Sohn entstehe keine obligatio civilis, weil zwischen ihnen kein Rechtsstreit statt finden könne, den die väterliche Gewalt unmöglich mache, und fast ebenso spricht sich Duarenus l. c. p. 78 aus. Allein daß hiemit eigentlich nichts erklärt ist, leuchtet ein. Die Unmöglichkeit des Rechtsstreites ist nur eine Folge aus

---

*c*) Gaj. III. §. 104. §. 6 J. de inut. stip. l. 4. l. 11 D. de judic. l. 2 de contr. emt. l. 50 ad S.C. Treb. l. 1 §. 1 l. 4 pro donato. l. 7 de O. e. A. l. 7 §. 3 de injur. l. 11 l. 17 C. de donat.

*d*) l. 4 D. de judic. l. 2 pr. de emt. l. 42 §. 3. de adqu. her. l. 10 §. 2 de fidej. l. 52 §. 4, 6 de furtis. l. 15 §. 1, 2 de castr. pec.

der Unmöglichkeit einer klagbaren **obligatio**, kann also diese selbst nicht erklären, und die einfache Verweisung auf die väterliche Gewalt beantwortet gerade die Hauptfrage nicht, warum denn diese Gewalt die **obligatio** hindert *e*). Sollte aber Accursius dabei vorzüglich die **paterna reverentia** im Sinne gehabt haben, so ist diese zur Erklärung des fraglichen Rechtssatzes ganz unzureichend, weil sie ja consequenterweise auch bei Existenz eines **peculium castrense** oder nach aufgehobener Gewalt die **obligatio** hindern müßte, da sie bekanntlich durch diese Umstände nicht beseitigt wird.

Deßhalb suchten die Meisten die Sache näher aus der Natur der väterlichen Gewalt zu begründen, und da stützten sich Einige auf den Satz, daß der Vater im ältern römischen Rechte der Eigenthümer seiner Kinder gewesen sey *f*). Allein dieser Satz, der von jeher Wiedersacher genug, und eigentlich nur in Bynkershök einen hartnäckigen Vertheidiger gefunden hat, ist, wie jetzt wohl allgemein angenommen wird, entschieden falsch *g*). Dazu kommt aber, daß die väterliche Gewalt, wenigstens im neuern römischen Rechte, und zwar schon zur Zeit der klassischen Juristen ganz unbezweifelt nicht als Eigenthum betrachtet wurde *h*), daß mithin die bis ins neuste Recht fortdauernde Unmöglichkeit der **obligatio** zwischen Vater und Kind jedenfalls auf ganz andern Gründen beruht haben muß *i*). Auf dieselbe Weise widerlegt sich die Ansicht des Bartolus, der den Grund unsers Rechtssatzes in der alten **manus regia** finden will, welche dem Vater geblieben sey, und vermöge welcher er ohne Rechtsstreit

---

*e*) Corasius l. c. in proleg. §. 33 u. 34. p. 639.

*f*) Fulgosius l. c. §. 18—20. Glück, B. 2. S. 234.

*g*) Donellus, comm. j. c. lib. II. c. 25 §. 16. T. I. p. 333. Hassold, synopsis immutat. patriae pot. Onoldi 1833. p. 12—31. Zimmern, R.G. I, §. 179—182. Wening, IV. §. 74.

*h*) l. 215 D. de. V. S.

*i*) Corasius l. c. §. 41—44.

kraft eignen Rechts dem Sohne habe wegnehmen können, was dieser ihm schuldete *k*). Gegen diese Auffassung spricht aber überdies, daß sie die Frage, warum der Sohn nicht gegen den Vater klagen kann, ganz unbeantwortet läßt, und auch für den Vater nicht sowohl die Unmöglichkeit einer Klage, als vielmehr die Unnöthigkeit derselben darthut.

Die von den meisten Juristen sowohl in älterer als neuerer Zeit gebilligte Erklärung ist endlich folgende: Vater und Kind werden, so lange sie durch die Gewalt verbunden sind, als ein und dieselbe Person betrachtet, und hieraus folgt die Unmöglichkeit einer **obligatio civilis** zwischen ihnen sowohl, als zwischen Geschwistern in derselben Gewalt, weil Niemand sich selbst etwas schulden kann *l*). Allein auch dieser Erklärungsversuch kann nicht gebilligt werden. Wenn nämlich wirklich Vater und Kind für eine Person gelten sollen, wie läßt sich dann die Möglichkeit einer **obligatio naturalis** zwischen ihnen erklären, die doch allgemein anerkannt ist? Hierauf wird zwar geantwortet, die Personeneinheit sey nur eine Annahme des Civilrechtes, und könne daher im Gebiete des **jus gentium** nicht wirken, mithin auch die Entstehung einer **obligatio naturalis** nicht hindern. Allein mit Recht entgegnet schon **Corasius** **l. c. §. 34**, daß diejenige gesetzliche Aeußerung, auf welche man die Personeneinheit vorzugsweise stützt, nämlich die **l. 11. C. de substit.**, nicht vom civilrechtlichen Standpunkte ausgehe, sondern sich auf die **natura** berufe, weßhalb er die Personeneinheit selbst nach gelöster väterlicher Gewalt

---

*k*) Corasius l. c. §. 36—40.

*l*) Diese Ansicht findet sich nicht blos bei allen oben angeführten Exegeten der l. 38 de cond. ind., sondern auch außerdem bei Retes, adversaria de b. p. c. t. cap. 16 u. de donat. c. 10 in thes. Meerm. VI. p. 522 u. 596. — Perez ad C. de donat. n. 9. — Brunnemann ad l. 11 C. de donat. n. 1. — Lauterbach, colleg. de donat. §. 24. — Weber, natürl. Verbindl. §. 87. Schömann, II, S. 189.

noch annimmt, übrigens den hier in Frage stehenden Satz auf andere Weise zu erklären sucht. Ueberdies ist aber das ganze Dogma von der Personeneinheit dem römischen Rechte völlig fremd, und eine bloße Erfindung unserer Juristen. Diese Behauptung muß nun zu beweisen unternommen werden, da die entgegengesetzte Ansicht noch jetzt die herrschende ist.

Die Idee der Personeneinheit wird von den Rechtslehrern in einer zweifachen Weise in Anwendung gebracht. Die meisten erkennen darin das Grundprincip der väterlichen Gewalt, die allgemeine Regel, nach welcher das ganze Verhältniß zwischen Vater und Kind beurtheilt werden müsse, soweit sich nicht ausdrückliche Ausnahmen in den Gesetzen fänden *m*). Andere dagegen verwerfen sie als allgemeine Regel, und nehmen an, daß nur bestimmte einzelne gesetzliche Wirkungen der väterlichen Gewalt aus jener Idee abgeleitet seyen, über welche hinaus dieselbe nicht ausgedehnt werden dürfe *n*). Diese zweite Auffassung der Personeneinheit ist offenbar weniger consequent und wahrscheinlich als die erste; sie verwirft die Grundstützen des ganzen Dogma, und scheint nur aus der Schwierigkeit einer andern Erklärung einzelner Wirkungen der väterlichen Gewalt hervorgegangen zu seyn; sie bildet somit schon den Uebergang zu einer Verwerfung der ganzen Idee. In der That haben

---

*m*) Außer den schon angeführten gehören hieher Alteserra, de fict. jur. I, c. 10—15. Pufendorf, obs. j. I, c. 15. Thibaut §. 246. Mühlenbruch §. 563. Mackeldey §. 556. Tigerström, Geschichte des röm. Rechts. Berlin 1838. §. 150.

*n*) Donellus lib. XII. c. 23. §. 9. u. ad l. 38 §. 17 D. de V. O. §. 20 u. 21. — Cocceji jus civ. contr. de his, qui sui jur. qu. 19. Hofacker, princ. j. c. §. 588. Brunsich, de unitate personae. Gott. 1795. 4., der übrigens nicht zugeben will, daß die Einheit auf einer Fiktion ruhe. — Seuffert, Lehrbuch §. 483. — Wening-Ingenheim IV, §. 74. — Fritz in Löhr, Magazin IV, n. 17. — Die Diss. v. Ruppenthal de un. pers. Gott. 1795 konnte ich nicht erhalten.

auch schon mehrere ältere Juristen ausgesprochen, die angebliche Personeneinheit reducire sich auf den Satz, daß der Vater durch seine Kinder erwerbe, und sey nur ein unpassender und verwirrender Ausdruck für denselben *o*), und einige Neuere haben die ganze Lehre verworfen *p*). Hier sollen nun zunächst die für die Personeneinheit angeführten Gründe widerlegt, dann aber die entscheidenden Gegengründe ausgeführt werden.

Die Gründe, auf welche man dieses Dogma gestützt hat, zerfallen in zwei Klassen; zum Theile sind es gesetzliche Aeußerungen, welche die Einheit der Personen geradezu enthalten sollen, zum Theile aber anerkannte Rechtssätze des römischen Rechts, welche als Folgesätze jener Einheit dargestellt werden, und somit dieselbe beweisen sollen. Die erste Klasse der Beweisgründe wird aber nur von denjenigen Rechtslehrern vertheidigt, welche die Personeneinheit als eine allgemeine Regel betrachten; diejenigen dagegen, welche sie nur für bestimmte einzelne Fälle annehmen, lassen nur die zweite Klasse von Beweisgründen gelten, und zwar nur solche derselben, für welche sie keinen andern Erklärungsgrund finden, woher es denn auch kommt, daß unter den Anhängern dieser Ansicht selbst wieder eine große Meinungsverschiedenheit besteht, und der eine mehr, der andere weniger Anwendungen der Idee der Personeneinheit annimmt.

Die Beweisgründe der ersten Klasse sind aber folgende:

1) Das Cardinalgesetz für die ganze Lehre ist die **l. ult. C. de impub. et al. substit.**, in welcher Justinian zwei Streitfragen der ältern Juristen über die Vertheilung

---

*o*) **Thomasius (resp. Ver Poorten) de usu pract. tit. J. de patria pot. Halae 1712. cap. 1. §. 49. — Titius l. c. §. 33. — Rivinus, de figmento fictionis unitatis pers. Viteb. 1760.**

*p*. Schweppe, R.Geschichte §. 372 u. 376. Zimmern I. §. 184. **Hassold p. 46.** Puchta, Lehrbuch der Pand. §. 424.

einer Erbschaft unter Berufung auf Ulpian entscheidet. Die eine bezieht sich auf den Fall, wenn die Einsetzung im Testamente so lautete: **Titius una cum filiis et Sempronius heredes mihi sunt**, und der Kaiser sagt, hier bekomme Titius mit seinen Söhnen die eine, Sempronius die andere Hälfte, **cum et natura pater et filius eadem esse persona pene intelligantur.** So viel Schein nun auch diese Stelle auf den ersten Blick für die Personeneinheit hat, so nichtssagend erscheint sie bei näherer Betrachtung. Denn außerdem, daß die fraglichen Worte nicht dispositiv, sondern nur enunciativ lauten, ist ja in der ganzen Stelle nirgends gesagt, daß der Titius seine Kinder noch in seiner Gewalt hatte; consequent müßte daher, wie auch von Corasius geschehen ist, die Personeneinheit selbst noch nach aufgehobener Gewalt angenommen werden, was doch anerkanntermaßen ganz unzulässig ist. Die Entscheidung des Kaisers muß auch offenbar ohne Rücksicht auf die väterliche Gewalt gelten, und sie hat, wie schon aus der Zusammenstellung mit der andern im Anfange des Gesetzes enthaltenen Streitfrage erhellt, ihren Grund in etwas ganz anderm, als dem Verhältnisse des Vaters zu seinen Kindern, nämlich in der in den Worten **una cum** liegenden **conjunctio** und dem dadurch ausgesprochenen Willen des Testator. Jeder Zweifel hierüber verschwindet durch die Vergleichung der ganz analogen Pandektenstellen, nach welchen auch alle andern in einer ähnlichen **conjunctio** eingesetzten Personen nur einen Kopftheil erhalten *q*), während umgekehrt der Vater und das noch in seiner Gewalt befindliche Kind, wenn sie neben einander ohne solche **conjunctio** eingesetzt sind, zwei Kopftheile fordern können *r*). Demgemäß muß die Entscheidung

---

*q*) l. 11. l. 13 pr. l. 59 §. 2 D. de her. inst. l. 9 D. de subst.

*r*) l. 35 §. 1 l. 36 D. de adqu. her. l. 11 D. de leg. I. l. 25 pr. D. ad leg. Falc. —

Justinian's auch dann gelten, wenn im Testamente gesagt ist: **Titius una cum fratribus**, oder **una cum Sejo et Sempronius heredes sunto**, und es ist klar, daß Justinian für eine aus Ulpian entnommene ganz richtige Entscheidung aus eigner Weisheit einen völlig unpassenden Entscheidungsgrund angegeben hat. Erwägt man nun noch, daß er diese angebliche Einheit des Vaters und Kindes auf die **natura** stützt, während sie doch als Rechtssatz nur dem **jus civile** angehören könnte, und dem **jus gentium** unbezweifelt fremd ist, daß er ferner, gleichsam im Gefühle etwas Unpassendes gesagt zu haben, ein **pene** hinzufügt, und somit seine Aeußerung zu einer ganz unbestimmten und schwankenden macht, so muß man hier lediglich eine der inhaltslosen Floskeln erkennen, woran der Kaiser im Geiste seiner Zeit so reich war, und wird ihr nicht mehr Werth beilegen, als jenem **dominium naturale** der Frau an der **dos** in **l. 30 C. de jure dot.** und der Versicherung der **c. Tanta circa §. 15**, daß sich in den Pandekten kein Widerspruch befinde.

2) Man beruft sich ferner auf **§. 4. J. de inut. stip.** wo der Kaiser sagt: „**Ei, qui juri tuo subjectus est, si stipulatus sis, tibi adquiris,** ***quia vox tua tanquam filii sit: sicuti et filii vox tanquam tua intelligitur*** **in iis rebus, quae tibi adquiri possunt.**" Damit stimmt Theophilus **h. l.** genau überein, und setzt noch hinzu, die Sachen, welche dem Vater erworben werden können, seyen jetzt diejenigen, welche **ex re patris** erworben werden. Die entsprechende Stelle bei Gajus **III §. 103** ist zwar defekt, aber man erkennt doch mit Bestimmtheit, daß sie von den Verfassern der Institutionen geändert worden ist. Offenbar ist auch hier nur für den bekannten Rechtssatz, daß der Vater durch seine Kinder erwirbt, eine Erklärung gegeben, welche Justinian wohl für elegant oder geistreich gehalten haben mag, die aber kein Rechtsprincip enthält, durch ihr **quasi** so schwankend

ist, als die vorhin angegebene Aeußerung, und für uns werthlos ist. Ganz dasselbe gilt

3) von der l. 22 §. 1 C. de agricolis, auf welche sich Alteserra de fiction. I. c. 10 beruft, und in welcher Justinian sagt: „acerbum videtur, domino praejudicari colonorum absentia, qui rure nati et postea absentes per suos vel patres vel fratres vel cognatos agriculturam peragebant: cum enim *pars quodammodo corporis ejus* per cognationem in fundo remanebat, non videtur abesse. Maneat itaque domino jus inconcussum, et donec ejus vel antiquitas vel posteritas vel cognatio in agrum remaneat, ipse videatur ibi resedisse." Diese an sich ganz richtige Entscheidung des Kaisers beruht offenbar nur auf dem bekannten Satz, daß man auch durch Stellvertreter besitzen kann, und daß ihr Besitz für uns dieselben Wirkungen hat, als ob wir selbst besäßen. Justinian hat aber seine Entscheidung wieder in seiner Art durch eine schon durch ihr quodammodo hinkende Bemerkung ausgeschmückt, welche für die Personeneinheit jedenfalls nichts beweisen kann, weil sie zuviel beweisen würde. Sie würde nämlich sogar zu einer körperlichen Einheit führen, und dieselbe nicht blos zwischen Vater und Kind, sondern sogar zwischen allen Verwandten eintreten lassen! Dies läßt wohl über die Bedeutungslosigkeit der ganzen Aeußerung keinen Zweifel übrig, und damit beseitigt sich denn zugleich der Versuch von Alteserra, die l. 1 C. de post liminio dadurch zu erklären, daß das Kind eine pars corporis des Vaters sey. Wenn sich endlich dieser Jurist sogar auf die heilige Schrift beruft, und in Eccles. cap. 30 v. 4 die Personeneinheit finden will, so ist dies zwar seiner Sitte entsprechend, indem er ja auch die prätorischen Fiktionen durch Hinweisung auf die von Christus gebrauchten Gleichnisse und Bilder vertheidigt, aber es bedarf keiner Widerlegung.

Vergleicht man nun diese äußern oder formellen Beweisgründe für die Personeneinheit, so ergiebt sich, daß

keiner derselben der klassischen Jurisprudenz der Römer angehört, sondern daß sie alle nur unbestimmte Aeußerungen Justinian's sind, die er selbst immer durch ein quasi, quodammodo oder pene ihrer Bedeutung beraubt hat, die von ihm überdies alle nur enunciativ als Motive für Entscheidungen ausgesprochen sind, für welche sie nicht passen, und bei deren Ableitung aus anerkannten Rechtssätzen die alten Juristen nirgends die Personeneinheit erwähnen. Diese Bedeutungslosigkeit der angeführten Gesetze kann auch nicht dadurch gehoben werden, daß man mit Mühlenbruch §. 563 not. 6 sagt, wie sehr man sich an die Ansicht von der Personeneinheit gewöhnt habe, werde am deutlichsten dadurch bewiesen, daß sogar solche Sätze daraus abgeleitet würden, welche auf einem ganz andern Grunde beruhten; denn dieser Gedanke würde nur dann richtig und anwendbar seyn, wenn die Personeneinheit wirklich aus andern Gesetzen unzweifelhaft feststünde, und jene verkehrten Anwendungen derselben nicht die einzigen wären, die sie ausdrücklich enthalten. Freilich wird nun behauptet, es fände sich eine Reihe von Sätzen im Munde der klassischen Juristen, welche sich nur als Folgerungen aus der Personeneinheit erklären ließen; allein hiegegen muß schon der Umstand großen Zweifel erregen, daß bei keinem dieser Sätze auch nur entfernt die Idee der Personeneinheit als Entscheidungsgrund angedeutet wird, daß sie überhaupt nirgends in den vorjustinianischen Rechtsquellen sich findet, während doch gewiß ein so wichtiger und durchgreifender Grundsatz von den klassischen Juristen bestimmt ausgesprochen, und von den Compilatoren in die Pandekten aufgenommen worden seyn würde. Dieser Zweifel wird aber zur Gewißheit, wenn man bei genauer Betrachtung sieht, daß alle diese Sätze auf ganz andern Entscheidungsgründen ruhen, und großentheils aus der Personeneinheit gar nicht erklärt werden können. Dies soll jetzt noch nachgewiesen werden.

Die Beweisgründe der zweiten Klasse nämlich, oder

die materiellen, sollen in folgenden bekannten Sätzen des Civilrechtes liegen:

1) Die Hauskinder erwerben die väterliche Erbschaft ohne Antretung **ipso jure** als **sui heredes**. Allein diesen Satz erklären die Quellen ganz anders; sie sagen nämlich, die Hauskinder seyen schon beim Leben des Vaters **quasi domini**, und es trete daher bei dessen Tode keine eigentliche Beerbung ein, sondern nur eine **continuatio dominii** in der Art, daß jetzt dessen **libera administratio** erworben werde, woraus sich denn auch erklärt, daß der **suus** zugleich **necessarius heres** ist, weil, wo keine Delation der Erbschaft ist, auch keine Ausschlagung seyn kann, und womit es vollkommen zusammenstimmt, daß in den zwölf Tafeln der **suus** nicht als erster Intestaterbe, sondern sein Nichtdaseyn als Voraussetzung für das Erbrecht der Agnaten erwähnt wird. *s*) Damit ist nun aber eine Personeneinheit so wenig ausgesprochen, als, wie Burchardi, Grundzüge S. 30 glaubt, ein wahres Miteigenthum, dem die entschieden ausgesprochene Vermögenslosigkeit der Hauskinder dem Vater gegenüber widerspricht. Die von Gajus und Paulus gebrauchten Worte **quasi** und **quodammodo** beweisen dies hinreichend und zeigen, daß man nur beim Tode des Vaters, gewissermassen zur Vergeltung der bisherigen Vermögenslosigkeit es so ansah, als sey das Kind von jeher Eigenthümer gewesen — **quasi olim domini essent** —, und zwar um der Unterwerfung unter den Vater, um der strengen Angehörigkeit an denselben willen; weßhalb auch der Name **suus heres** von Gajus mit **domesticus heres**, also angehöriger Erbe, erklärt wird. *t*) Hätten diese Juristen eine Personeneinheit angenommen, so würden sie gewiß die einfache Verweisung auf ein so bestimmtes Princip statt einer jedenfalls künstlichen, zwei-

---

*s*) Gaj. II., 157. §. 2 J. de her. qual. §. 3 J. de hered. ab int. l. 11 D. de lib. et post.

*t*) Schweppe, R. G. §. 374. Zimmern I. §. 184. So verstehe

deutigen und zu weitern praktischen Folgerungen nicht geeigneten Erklärung gewählt haben.

2) Die durch väterliche Gewalt verbundenen Personen können nicht Zeugen seyn bei einem Testamente, welches eine von ihnen errichtet, oder worin sie zum Erben ernannt wird. Allein auch hiefür geben die Quellen einen ganz andern Grund an. Sowohl Gajus II. §. 105—108 als Ulpianus in Fragm. XX. §. 3—5 gründen diesen Satz darauf, daß die Errichtung eines Testamentes ein zwischen dem Testator und dem Erben als familiae emtor abzuschließendes Geschäft sey, und hiebei mithin ein testimonium domesticum verwerflich sey. *u*) Der wahre Grund des fraglichen Satzes liegt also lediglich darin, daß das Zeugniß über das wichtigste und umfangreichste Geschäft, was ein Bürger vornehmen kann, über seinen letzten Willen vollkommen glaubwürdig seyn müsse, das Zeugniß der Angehörigen der Parteien aber verdächtig sey, weil, wie Licinius Rufinus in l. 6 D. de testibus sagt, idonei non videntur esse testes, quibus imperari potest, ut testes fiant. Als nun im spätern Rechte das Mancipationstestament verschwand, und die Testamentserrichtung nicht mehr als ein Geschäft zwischen dem Testator und Erben erschien, ließen Manche, und auch mehrere kaiserliche Constitutionen, den Erben und die in seiner Gewalt stehen-

---

ich auch Büchel, Erört. II., H. 1 S. 13, und sehe daher in seinem Satze, die privatrechtliche Persönlichkeit des Kindes sey in der des Vaters verfangen, und ihr passiver Nebenträger, keine Annahme der Personeneinheit. — Ueber andern Erklärungen des suus heres, die aber auch nicht zur Personeneinheit führen, s. Cujacius ad §. 2 J. cit. u. l. 11 D. cit. Glück, Intest. S. 179—81. Griesinger, Suität §. 7. — Zeitschrift f. gesch. R. W. B. 1. S. 300. — Mühlenbruch in Glück B. 36 S. 143—146.

*u*) Die Verwerflichkeit eines solchen Zeugnisses als allgemeine Regel ist bekannt. l. 3 C. de testibus. l. 20 §. 3 D. qui test. fac.

den Personen zum Zeugnisse zu; aber auch sie fühlten das Gefährliche dieses Satzes und warnten vor dessen Mißbrauch, und Justinian kehrte in §. 9 u. 10 J. de test. ord. ganz zum alten Rechte zurück, weil doch der Erbe imaginem vetustissimi familiae emtoris obtinet, d. h. weil die Testamentserrichtung, wenn auch nicht mehr ein Geschäft mit ihm, doch für ihn und zu seinen Gunsten ist, und also auch insoferne reprobatum est in ea re domesticum testimonium. Es wird mithin hier überall nicht die Personeneinheit, sondern nur die Unglaubwürdigkeit als Grund der Ausschließung des Zeugnisses angegeben. *v*) Diesem Grunde entsprechend tritt diese Ausschließung auch da ein, wo von einer Personeneinheit entschieden keine Rede seyn kann, nämlich im Verhältniß zu dem, welchen man aus der Gefangenschaft losgekauft hat, und bis zur Erstattung des Kaufpreises in einer faktischen Sklaverei behält *w*), und ebenso, wenn ein Haussohn über ein peculium castrense testirt. Ueber diesen letzten Fall war zwar Streit, indem Gajus II. 106 das Zeugniß verwirft, während es Marcellus und Ulpianus nach l. 20 §. 2 D. qui test. fac. zuließen; allein Justinian entschied sich in §. 9 J. cit. für die Ausschließung. Dazu kommt endlich noch, daß die durch väterliche Gewalt verbundenen Personen bei dem Testamente eines dritten Zeugen seyn können, und als einzelne Personen zählen, so daß ein Vater mit sechs mündigen Haussöhnen die nöthigen sieben Zeugen bildet, quoniam nihil nocet, ex una domo *plures* testes alieno negotio adhiberi, und weil ein Verdachtsgrund gegen ein solches Zeugniß nicht besteht *x*). Diesen letztern Satz als eine Ausnahme von der Personeneinheit darstellen zu

---

*v*) Zwar spricht Theophilus h. l. von ἕνωσις, aber dies ist hier nur so viel als conjunctio und bezeichnet die innige Verbindung durch die potestas als Grund der Unglaubwürdigkeit.

*w*) l. 20 pr. §. 1 D. qui test. facere.

*x*) Ulpiani Fragm. XX. §. 6. l. 22 pr. D. qui test. fac.

wollen, wäre ganz principlos, und daher gestehen selbst manche Vertheidiger dieser Einheit zu, daß die Ausschließung vom Zeugnisse nicht in ihr begründet sey *y*).

3) Der Vater hat das Recht der Pupillarsubstitution. Allein dieses Recht kann schon deßhalb nicht als Ausfluß einer in der väterlichen Gewalt liegenden Personeneinheit betrachtet werden, weil es mit der Mündigkeit der Kinder aufhört, obgleich die Gewalt fortdauert. Ueberdies geben die Quellen auch hiefür ganz andere Gründe an, nämlich die Sitte der Ahnen, die Unfähigkeit des Kindes selbst zu testiren, und gewissermaßen auch die Gefahr von Lebensnachstellungen für das Kind *z*).

4) Der Vater kann wegen der dem Kinde zugefügten Injurie die Klage auf eigenen Namen anstellen. Allein dies kann ja auch der Herr, wenn sein Sklave, der Mann, wenn seine Frau, der Bräutigam, wenn seine Braut injuriirt wird *a*), zwischen welchen doch gewiß keine Personeneinheit besteht. Der Grund hievon liegt vielmehr darin, daß die Beleidigung einer mit uns durch **potestas** oder **affectus** so nahe verbundenen Person mittelbar auch uns betrifft *b*), und wieweit die Gesetze entfernt sind, hier an eine Personeneinheit zu denken, geht unwiderleglich daraus hervor, daß sie nicht blos ausdrücklich sagen **injuria alicui aut per semet ipsum aut per** ***alias personas*** fit, sondern auch aus der Injurie gegen ein Hauskind eine besondere Klage für dieses, eine besondere für den Vater entspringen lassen, welche sie so sehr von einander trennen, daß, wenn das Kind zu der injuriirenden Handlung seine Zustimmung gab,

---

*y*) Charondas, veris. II, 10. Galvanus de usufr. VIII, 18. Cujacius ad l. 22 cit. u. ad l. 3 C. de test. T. X. p. 253.

*z*) Gaj. II. §. 181. pr. J. u. Theoph. de pup. subst. l. 2 pr. D. de subst. Mühlenbruch in Glück B. 40. S. 264—266.

*a*) l. 1 §. 3—9. l. 2. l. 15 §. 24. l. 25—27 D. de injur.

*b*) Weber über Injurien I, S. 191 ff.

die Klage zwar für das Kind, nicht aber für den Vater wegfällt *c*).

5) Der Vater darf die seinem Hauskinde deferirte Erbschaft auf eignen Namen antreten, wenn jenes in der Kindheit gestorben ist. Allein dieser in l. 18 C. de jure delib. enthaltene, und von unsern Juristen in seiner Ausbildung zu der sogenannten transmissio ex capite infantiae so sehr mißverstandne Satz kann schon deßhalb nicht als Folge einer Personeneinheit erscheinen, weil er auf die infantia beschränkt ist, und nach der deutlichen Vorschrift des §. 3 i. f. jenes Gesetzes selbst dann eintritt, wenn das Kind nicht mehr in der Gewalt seines Vaters stand. Es liegt hier vielmehr lediglich ein durch kaiserliche Willkühr dem Vater gegebenes Privilegium vor *d*).

6) Der Vater erwirbt durch seine Hauskinder. Allein da auch der Herr durch seine Sklaven erwirbt, muß der Grund hier ebenfalls ein anderer seyn. Er liegt aber in dem in l. 195 §. 2. D. de V. S. ausgesprochenen Satze, paterfamilias appellatur, qui in domo dominium habet, in der durch das ganze Alterthum ziehenden Zurücksetzung des Wohles und Rechtes der Einzelnen gegen das Ganze, wornach nur die Familie in ihrer Gesammtheit Vermögen haben soll, welches sich aber in dem Familienhaupte so concentrirt, daß die Persönlichkeit aller übrigen Familienglieder zwar nicht untergeht, aber ihr Vortheil, ihre Erwerbfähigkeit nur für den paterfamilias vorhanden ist, oder mit einem Worte, daß die Hauskinder nicht sui juris sind, was nachher näher begründet werden soll.

7) Endlich folgerte man aus der Personeneinheit den Satz, um dessen Erklärung es sich hier gerade handelt, daß nämlich zwischen Vater und Kind keine obligatio und

actio

---

*c*) l. 1 §. 3, 5, 9 D. cit.

*d*) Marezoll in Linde's Zeitschr. B. 2 S. 59. Buchholtz, Abhandl. S. 69 ff.

actio stattfinden kann, und es scheint, als ob vorzugsweise um dieses Satzes willen die ganze Idee der Personeneinheit erfunden oder doch wenigstens von den Meisten fortwährend vertheidigt worden sey *e*). Allein es ist schon oben gezeigt worden, daß sich dieser Satz aus der Personeneinheit nicht einmal genügend erklären lasse, und seine wahren Gründe sollen nachher in §. 2 entwickelt werden.

Nach dieser Beseitigung derjenigen Quellenaussprüche und Rechtssätze, aus welchen man die Personeneinheit hat ableiten wollen, soll jetzt noch der Beweis darüber versucht werden, daß dieselbe mit dem ganzen Römischen Rechte in direktem Widerspruche steht.

Hätten die Römer wirklich Vater und Sohn, so lange die väterliche Gewalt dauert, als eine Person betrachtet, so hätten sie auch dem Hauskinde jede selbstständige Persönlichkeit und Rechtsfähigkeit absprechen müssen. Gerade diese haben sie ihm aber zuerkannt, und zwar nicht blos rücksichtlich des öffentlichen Rechtes oder derjenigen privatrechtlichen Verhältnisse, welche man als Ausfluß der staatsbürgerlichen Selbstständigkeit betrachten kann, wie die Führung einer Vormundschaft, sondern auch im Gebiete des reinen Privatrechtes. Die selbstständige Persönlichkeit der Hauskinder ist hier nicht blos insoferne anerkannt, daß sie freie Peculien erwerben können, — was man etwa als Ausnahme von der Personeneinheit darzustellen versuchen könnte und versucht hat — sondern auch dasjenige Hauskind, welches kein freies Peculium hat, bei welchem mithin die Einheit der Personen, wenn sie überhaupt existiren soll, unabweisbar und vollständig wirken müßte, ist immer als eine vom Vater verschiedene rechtsfähige Persönlichkeit betrachtet worden. Von jeher war es nämlich Grundsatz, daß Hauskinder aus allen Delikten und aus allen Verträgen — mit einziger Ausnahme des Darlehns seit dem S.

*e*) Recht deutlich tritt dies hervor bei Donellus ad l. 38 §. 17 de V. O. n. 14, 16, 20, 21. Brunsich §. 12 u. 22.

C. Macedonianum — geradeso vollständig civiliter verpflichtet werden konnten, wie ein Hausvater *f*). Daß diese Obligationen nur dann stattgefunden hätten, wenn das Kind ein peculium hatte, und daß sie nur naturales gewesen seyen, ist eine völlig grundlose Behauptung des Joannes in der Glosse zu l. 38 D. de cond. ind. Das Hauskind konnte aus seinen Obligationen nicht blos belangt, sondern auch während der Gewalt verurtheilt werden *g*). Diese Verpflichtungen waren aber ferner nicht nur vollwirksam, sondern auch auf die Person des Kindes beschränkt, und berührten den Vater nicht im Geringsten *h*), was offenbar hätte der Fall seyn müssen, wenn sie beide als eine Person betrachtet worden wären. Nur aus ganz besondern Gründen, wenn der Vater ausdrücklich oder stillschweigend, durch Ueberlassung eines Peculium in die obligirende Handlung des Sohnes gewilligt, oder wenn er Vortheil aus ihr gezogen hatte, konnte auch gegen den Vater geklagt werden *i*). Die Verpflichtung des Vaters wurde aber selbst in diesem Falle als eine getrennte und selbstständige betrachtet, und daher gesagt, der Gläubiger habe zwei Schuldner, das Kind in solidum und den Vater peculio tenus *k*). Diese Trennung der Verpflichtungen beider wird so strenge durchgeführt, daß sich das Kind für den Vater verbürgen kann *l*), und daß es

---

*f*) l. 57 D. de judic. l. 44 de peculio. l. 39. de O. e. A. l. 141 §. 2 de V. O. Cabot. l. c. cap. 24. Cujacius p. 586.

*g*) l. 5. pr. D. quod cum eo. l. 3. §. 11. de peculio. l. 34. l. 35 de nox. act.

*h*) §. 10 J. de action. l. 1 u. 3 C. ne filius pro patre l. 8 §. 4 D. de acceptit.

*i*) t. t. J. et D. quod cum eo. l. 28 §. 2. l. 29. l. 30 pr. D. de pactis.

*k*) l. 44 D. de peculio.

*l*) l. 10 §. 2 D. de fidejuss.

ihm, und der Vater dem Kinde wenigstens naturaliter schulden kann *m*).

Wie nach dem Bisherigen ein Hauskind sich selbst vollkommen gegen Dritte verpflichten konnte, ebenso vollständig konnte es Dritte sich obligiren; allein das hieraus hervorgehende Recht blieb nicht ihm, sondern wurde augenblicklich dem Vater erworben, so daß sich hieraus im alten Rechte eine gänzliche Vermögenslosigkeit der Hauskinder ergab *n*), woraus denn zugleich folgte, daß aus den Forderungen gegen ein Hauskind, wenn auch die Verurtheilung erfolgt war, doch keine Execution erwirkt werden konnte *o*). Die Rechtsfähigkeit der Hauskinder war also nicht um ihrer selbst willen und zu ihrem Vortheile da, sondern nur für den Vater; mit andern Worten, sie waren alieni juris. Denn dies ist der wahre Sinn des sui oder alieni juris esse; jenes heißt für sich selbst rechtsfähig seyn, dieses Rechtsfähigkeit haben für einen Andern. Daraus muß natürlich hervorgehen, daß man von demjenigen, für den man rechtsfähig ist, auch insoweit persönlich abhängig ist, daß man Erwerbshandlungen für ihn und nach seinem Willen vornehmen muß, aber auch nicht weiter, und es ist daher ganz verkehrt, wenn das Wesen des alieni juris gewöhnlich in gänzliche persönliche Abhängkeit, des sui juris esse aber in völlige Unabhängigkeit, also in das Vorhandenseyn oder Nichtvorhandenseyn einer potestas gesetzt wird. Man kann alieni juris seyn, und keiner potestas unterthan, wie in manu oder mancipio, und umgekehrt sui juris, aber sub potestate wie der in einer Tutel Befindliche *p*). Der Grund aber davon, daß Jemand für einen Andern rechtsfähig ist, kann verschieden seyn, ist übrigens immer ein auf Vermögensgewinn gerichtetes, also nutzbringendes

---

*m*) l. 38 §. 1, 2 D. de cond. ind.

*n*) Gaj. II, 87. l. 79 D. de adqu. her. l. 195 §. 2. D. de V. S.

*o*) l. 5. pr. D. quod cum eo.

*p*) Zimmern, I. §. 122.

Recht. Als ein solches betrachtete das alte Recht der Quiriten, welches in seiner patriarchalischen Strenge das Gesammt-Interesse der Familie als im Familienhaupte vereinigt ansah, die väterliche Gewalt, und gestattete daher sogar die Kinder zu verkaufen oder noxae zu geben, d. h. das Recht der Erwerbung durch sie einem Andern zu überlassen, die Benützung ihrer Rechtsfähigkeit einem Andern zu übertragen. Ein arges Mißverständniß ist es daher, wenn um deßwillen Bynkershök die väterliche Gewalt als ein Eigenthumsrecht an den Kindern betrachtet wissen wollte. Denn gerade bei dem, der wirklich im Eigenthum eines Andern steht, also Sache geworden ist, kann strenge genommen von gar keiner Rechtsfähigkeit weder für sich noch für Andere die Rede seyn. Weit entfernt also, daß man das Verhältniß der Hauskinder als dem der Sklaven nachgebildet betrachten dürfte, war es vielmehr eine theilweise Erhebung des Sklaven in den Kreis der Familie, eine Annäherung desselben an das freie Hauskind, ein Vergessen seiner Unpersönlichkeit, als man ihm Rechtsfähigkeit für seinen Herrn einräumte. Wenn demnach die selbstständige Persönlichkeit des Hauskindes sogar durch die Vermögenslosigkeit desselben im ältern Rechte nicht aufgehoben wird, sondern nur als dem Vater nutzbringend sich darstellt, so tritt sie im neusten römischen Rechte um so entschiedener hervor, da hier selbst die Beziehung ihrer nutzbringenden Folgen auf den Vater als Regel hinweggefallen ist. Nach der durch die christlichen Kaiser vorbereiteten Gesetzgebung Justinian's ist das Hauskind nicht blos vollständig rechtsfähig, sondern es ist es auch der Regel nach für sich selbst; was es erwirbt, gehört ihm, und nur, was ex re patris erworben wird, fällt wie sonst dem Vater zu q).

Bisher ist die Nichtexistenz der Personeneinheit dadurch dargethan worden, daß die selbstständige Persönlichkeit des

---

q) §. 1 J. perquas personas l. 6—8 C. de bonis, quae liberis.

Hauskindes nachgewiesen wurde. Ebenso läßt sich aber auch des Vaters Persönlichkeit als von der des Kindes völlig getrennt darstellen. Die Verpflichtungen des Vaters berühren das Kind nicht, und dieses ist nicht gehalten, dieselben zu erfüllen *r*). Diese Regel wird nicht erschüttert, vielmehr bestätigt durch die ganz singuläre Ausnahme rücksichtlich der Primipilarschuld des Vaters, für welche zu Gunsten der utilitas publica nach einem Gesetze von Aurelianus die Kinder und zwar selbst die emancipirten haften müssen, so daß auch diese Ausnahme nicht unter den Gesichtspunkt der Personeneinheit gestellt werden kann *s*). Geradeso hat aber auch das Kind keinen Antheil an den Rechten des Vaters; es erscheint vielmehr in Bezug auf dieselben als ein extraneus, und kann daher auch bei Verträgen des Vaters, wie ein solcher, als solutionis causa adjectus vorkommen *t*). Dem widerstreitet auch gar nicht, daß der Vater sich gültigerweise etwas für sein Kind versprechen lassen kann, und diese obligatio dann selbst erwirbt *u*). Denn obgleich es Regel ist, daß ein Vertrag, wodurch eine Leistung an einen Dritten versprochen wird, ungültig ist *v*), so leidet dies doch dann eine Ausnahme, wenn der Contrahent ein Interesse dabei hat, daß dem Dritten geleistet werde *w*). Ein solches Interesse findet aber auf Seite des Vaters statt, der sich etwas für sein Haus-

---

*r*) l. 5 §. 16 D. de agnosc. lib. l. 4 C. ne filius pro patre. l. 4 C. quod cum eo.

*s*) l. 3. l. 4 C. de primipilo. Cujac. ad C. ne uxor u. ne filius. T. IX p. 228, 229.

*t*) l. 56 §. 2 D. de V. O.

*u*) §. 4 J. de inut. stipul. l. 39. l. 56 §. 2, 3 D. de V. O. l. 2. C. de contr. stipul.

*v*) l. 11 D. de O. et A. l. 38 §. 17 D. de V. O. l. 73 §. 4 D. de R. J.

*w*) §. 19 J. de inut. stip. l. 38 §. 20—23 D. de V. O.

kind versprechen läßt, weil er durch dieses erwirbt. Daß aber dieses Interesse, und nicht eine Personeneinheit, wie Cujacius *x*) glaubt, der Grund der Gültigkeit eines solchen vom Vater geschlossenen Vertrages ist, geht schon aus der Stellung der **l. 39 D. de V. O.** hervor, welche sich an die in der l. 38 angegebenen Beispiele eines ähnlichen Interesse anschließt, und wird dadurch bestätigt, daß derselbe Satz auch in Bezug auf Sklaven gilt, daß er dagegen nur bei dem Versprechen solcher Leistungen Anwendung leidet, welche als reine Rechtsverhältnisse dem Vater durch das Kind erworben werden können, **quae juris sunt, quaeque *adquiri* patri possunt**, nicht aber dann, wenn das Versprechen darauf gerichtet wird, daß der Sohn eine bestimmte Handlung solle vornehmen dürfen *y*). Demgemäß gilt jener Satz auch dann nicht, wenn sich der Vater versprechen läßt, daß dem Sohne rücksichtlich eines solchen Peculiums etwas geleistet werde, woran der Vater gar kein Recht hat; ein solcher Vertrag ist vielmehr vollkommen nichtig, und hierauf gehen die Schlußworte in **§. 4 J. de inut. stip.: „in iis rebus, quae tibi adquiri possunt"**, und die Worte **secundum quod leges permittunt** in **l. 39 D. de V. O.**, die man, weil ja zur Zeit des Paulus schon das **peculium militare** existirte, nicht mit Cujacius für interpolirt zu halten braucht. Noch viel weniger sind die Worte: **„quaeque adquiri patri possunt"** in **l. 130 de V. O.** interpolirt, und mit Unrecht behauptet Cujacius *z*), daß der Vater durch einen Vertrag zu Gunsten freier Peculien dem Kinde wenigstens eine **actio utilis** erwerbe; denn für diesen Satz, der eine wirkliche Singularität enthalten würde und daher ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung nicht angenommen

---

*x*) in Dig. Juliani ad l. 56 §. 2, 3 D. de V. O. T. VI. p. 350.

*y*) §. 2 J. de stip. serv. l. 130 D. de V. O. Donellus ad leg. 38. §. 17 D. de V. O. §. 13—17.

*z*) in quaest. Pauli ad l. 130 cit. T. V. p. 1083.

werden darf, haben wir keine Gesetze. Zwar beruft sich Cujacius hiefür auf l. 45 D. sol. matr., in welcher der Enkelin eine actio utilis gegeben wird aus dem Vertrage, in welchem der Großvater sich die Rückgabe der dos an die Enkelin hatte versprechen lassen. Allein dieses Gesetz spricht ja von einem mütterlichen Großvater und kann daher nicht mit den Wirkungen der väterlichen Gewalt in Verbindung gebracht werden; es enthält vielmehr, wie aus seinen Schlußworten: favore nuptiarum ad hoc decurrendum est" erhellt, eine zu Gunsten der so vielfach privilegirten dos gestattete Singularität, die auch noch durch andere Gesetze bestätigt wird *a*). Dem entwickelten Grundsatze entsprechend erwirbt auch das Hauskind aus dem Nachlaßvertrage, welchen der Vater für dasselbe schließt, und nur aus Billigkeit wird ihm die exceptio doli gegeben *b*), offenbar wieder deßhalb, weil der Vater wegen des peculium ein Interesse dabei haben kann, daß nicht gegen den Sohn geklagt werde, mithin wieder aus einem allgemeinen, nicht von der väterlichen Gewalt ausgehenden Principe, welches Paulus so ausdrückt: in rem pacta omnibus prosunt, quorum obligationem dissolutam esse ejus, qui paciscebatur,

---

*a*) l. 9. l. 23. D. de pactis dotal. l. 7 C. de pact. conv. vgl. mit l. 26 C. de jure dot. Donellus ad l. 38 de V. O. §. 59—63. Glück B. 27. S. 188 ff. So faßte die Sache auch A. Faber, conj. I, 14, während er später XIII, 5 u. XIX, 19 die l. 45 cit. für interpolirt erklärt, und das Klagrecht der Enkelin leugnet. Hieher muß man wohl auch mit Donellus die l. 45 §. 2. D. de V. O. beziehen; denn, wenn sie eine allgemeine Geltung haben sollte, wie Duaren glaubt, würde in ihr nicht von einer filia die Rede seyn, l. 45 pr. D. de leg. II.

*b*) l. 17 §. 4. l. 21 §. 2 D. de pactis. In der zweiten Stelle braucht man nicht mit Cujacius statt Titio zu lesen: filio; denn man kann sich ja den Titius als Sklaven oder Sohn denken.

interfuit *c*). Deßhalb ist es auch ganz unnöthig, mit Faber **Ration.** ad l. 21 §. 2 D. de pactis statt doli zu lesen soli, oder die Worte sed doli prosit wegzustreichen.

Da sich nach den gegebenen Ausführungen die Idee der Personeneinheit als dem römischen Rechte völlig fremd darstellt, so braucht man auch nicht zu ihrer Beseitigung für das heutige Recht zu der Behauptung seine Zuflucht zu nehmen, daß die deutsche Rechtsansicht, Gewohnheit und Praxis diese Einheit aufgehoben hätten, wie von vielen Juristen geschehen ist *d*). Diese Behauptung selbst ist nämlich insoferne grundlos, als sie auf den ganz irrigen Satz gestützt wird, die väterliche Gewalt des römischen Rechts gelte in Deutschland nicht. Das heutige gemeine Recht weicht von dem Justinianeischen nur darin ab, daß es die väterliche Gewalt auch durch eignen Haushalt und durch Heirath der Tochter beendigen läßt; so lange aber die Gewalt dauert, hat sie ganz den römischen Charakter *e*). Demnach müßte die Personeneinheit, wenn sie im römischen Rechte bestanden hätte, auch jetzt noch gelten, wie von den bewährtesten, auch praktischen Schriftstellern anerkannt ist *f*).

## §. 2.

Die bisherige Entwicklung hat nachzuweisen gesucht, daß die gewöhnlichen Erklärungen der Unmöglichkeit einer obligatio civilis zwischen Vater und Kind nicht stichhaltig

---

*c*) l. 21 §. 5. l. 23. l. 25 §. 2 D. de pactis. Cujac. in Paulo ad edict. ad l. 21 cit. T. V, p. 62.

*d*) Thomasius l. c. Weber natürl. Verb. §. 88. Glück B. 2. S. 272. Auch manche Partikularrechte sprechen dies aus. Cod. Civ. Max. P. I, c. 5 §. 2 n. 4. — Kreitmayr ad h. l.

*e*) Decis. elect. sax. v. 1746. n. 10. S. 28. —

*f*) Brunsich §. 43—47. Meditationen über versch. Rechtsm. B. 3 n. 132. Leyser sp. 21 med. 5. Wernher T. I, p. V. obs. 189. Thibaut §. 246. Mittermaier §. 316. —

sind, insbesondere daß dieselbe nicht aus einer angeblichen Personeneinheit erklärt werden kann. Die in der letztern Beziehung gegebene Erörterung des Verhältnisses zwischen Vater und Kind führt nun aber zugleich zur richtigen Begründung jener Unmöglichkeit.

Obgleich nämlich eine Personeneinheit nicht statt findet, so erwirbt doch der Vater nach altem Rechte Alles, was dem Kinde angehören würde, wenn es sui juris wäre, und dieses selbst erscheint als vollkommen vermögenslos. Daraus geht nun mit Nothwendigkeit hervor, daß das Kind nicht Gläubiger seines Vaters werden kann; denn in demselben Augenblicke, da eine solche obligatio als bestehend angenommen wäre, würde sie und die daraus hervorgehende actio nach der Regel der l. 79 D. de adqu. her. dem Vater erworben seyn; dieser würde mithin als sein eigner Schuldner erscheinen, und somit, da ein solches Verhältniß rechtlich nicht bestehen kann, müßte die obligatio augenblicklich durch confusio erlöschen *g*). Ganz in dieser Weise betrachten auch die Kaiser Diocletian und Maximian unsere Frage, indem sie in l. 17 C. de donationibus die Schenkungen des Vaters an seine Hauskinder deßhalb für unwirksam erklären, weil diese um der väterlichen Gewalt willen nichts für sich erwerben können, siquidem nec tempore, quo voluisti, propter vinculum potestatis sibi quisquam quaerere potuerunt, nec post te invito de rebus tuis potuerunt.

Betrachten wir nun den umgekehrten Fall, da das Hauskind Schuldner seines Vaters werden sollte, so würde zwar eine solche Confusion nicht eintreten, weil ja die Verpflichtungen der Kinder nicht auf den Vater übergehen, und es scheint daher, als ließe sich eine obligatio und actio von Seite des Vaters gegen das Kind denken; allein da das Kind gänzlich vermögenslos ist, so läßt sich eine Erfüllung dieser obligatio gar nicht denken, und diese selbst

---

*g*) l. 75. l. 95 §. 2 D. de solut.

wäre vollkommen erfolg= und nutzlos. Was das Kind etwa besitzt, gehört ja dem Vater, und dieser würde daher, wenn auch nicht gegen seine eigene Person, doch lediglich gegen sein eigenes Vermögen als Kläger auftreten, dessen Hingabe in keiner Weise als Erfüllung der Obligation betrachtet werden könnte. Es würde mithin gerade so gut seyn, als ob der Vater keine Klage erworben hätte, **nam is nullam videtur actionem habere, cui propter inopiam adversarii inanis actio est** *h*). Nun ist es aber Grundsatz des römischen Rechtes, dasjenige als nicht zu Recht beständig anzunehmen, wovon es gewiß ist, daß es keine Wirkung äußern kann *i*), weßhalb denn auch der Ausdruck **inutilis** gebraucht wird, um die Nichtigkeit rechtlicher Geschäfte zu bezeichnen, **stipulationes inutiles** und **legata inutilia** *k*). Diesem Grundsatze gemäß mußte es auch als rechtlich unmöglich erachtet werden, daß der Vater gegen sein Kind eine klagbare Forderung erwerbe. Hiegegen läßt sich zwar scheinbar einwenden, daß eine solche Forderung sich nicht als schlechthin und für immer wirkungslos darstelle, weil ja die Möglichkeit gegeben sey, daß das Kind aus der väterlichen Gewalt trete, und dann eigenes Vermögen erwerbe, mit welchem es seine Schuld erfüllen könne. Allein abgesehen davon, daß sich im alten Rechte die väterliche Gewalt regelmäßig nur mit dem Tode des Vaters löste, also eine hierauf gegründete Gültigkeit der Forderung **mali ominis** ge=

---

*h*) l. 6. D. de dolo malo.

*i*) §. 14 J. de legatis. l. 14 §. 1 D. ut legat. nom. l. 18 D. de V. O. Diese Stelle darf nicht mit Accurs. u. Cujac. so erklärt werden, als ob beide Stipulationen gültig wären, und nur die Klage aus der einen durch die andere consumirt würde; vielmehr ist die zweite Stipulation, wie Duaren u. Donellus ausführen, ungültig. l. 25. l. 58 D. eod. l. 9. §. 2 D. de novat. l. 19 §. 5 D. de adult.

*k*) t. J. de inut. stipul. l. 38 §. 1 D. de V. O. l. 97 de adqu. her. Brissonius s. v. inutile.

wesen seyn würde *l*), so ist es ja bekannt, daß das alte Recht auch für Verträge, namentlich aber für Stipulationen, welche doch wohl wegen der Vermögenslosigkeit des Kindes vorzugsweise nur mit dem Vater eingegangen werden könnten, den Grundsatz hatte **quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere**, und **in contractibus initium spectamus** oder **ex praesenti vires capit stipulatio** *m*). Diesem Grundsatze gemäß ist ein Vertrag, dessen Erfüllung zur Zeit seiner Eingehung als schlechthin unmöglich erscheint, ungültig, wie namentlich Verträge unter physisch oder rechtlich unmöglichen Bedingungen, oder über **res extra commercium**, und diese Ungültigkeit wird auch nicht dadurch abgewendet, daß sich jene Unmöglichkeit vielleicht später heben, oder die Sache des Verkehrs fähig werden kann *n*). In dieser Beziehung sagt **Venulejus** in **l. 137 §. 6 D. de V. O.**: „**nec ad rem pertinet, quod jus mutari potest, et id quod nunc impossibile est, postea possibile fieri: non enim secundum futuri temporis jus, sed secundum praesentis aestimari debet stipulatio,**“ ein Entscheidungsgrund, welcher vollkommen auch auf unsern Fall paßt. Dadurch könnte nun zwar noch die Frage hervorgerufen werden, wie es denn dieses Grundsatzes unbeschadet doch möglich sey, daß das Hauskind von jeher einem Dritten gegenüber vollkommen verpflichtet wurde, obgleich es doch auch diesen nicht zu befriedigen im Stande war. Allein dieser Zweifel lößt sich, wenn man bedenkt, daß die Ver-

*l*) l. 72 D. de cond.

*m*) l. 29. l. 144 §. 1 D. de R. J. vgl. mit l. 17 §. 4 de pactis l. 8 mandati. l. 58 §. 2 pro socio. l. 78 pr. de V. O. l. 26 de stip. serv. — Gothofredus ad l. 29 de R. J. — Averanius, interpr. j. IV. c. 22. Fallati, über das Omen. Tübing. 1836. S. 66 ff.

*n*) l. 83 §. 5 D. de V. O.

mögenslosigkeit des Hauskindes eigentlich nur im Kreise der Familie, dem Vater gegenüber, bestand, und dasselbe einem Dritten gegenüber nicht eigentlich rechtlich, sondern nur faktisch ohne Vermögen erschien, und es erklärt sich daher die Möglichkeit der Verpflichtung gegen Dritte aus demselben Satze, welchen Paulus in l. 11 D. de liberis et post. zur Begründung der Succession der sui heredes gebraucht: **etiam vivo patre quodammodo domini existimantur.**

Die hier versuchte Erklärung des Satzes, daß das Kind auch nicht Schuldner seines Vaters werden könne, wird aber auch durch ganz specielle Gesetze bestätigt. Es sagt nämlich **Paulus** in l. 16 D. de furtis:

**Ne cum filiofamilias pater furti agere possit, *non juris constitutio*, sed natura rei impedimento est: quod non magis cum his quos in potestate habemus quam nobiscum ipsis agere possumus.**

In den Schlußworten dieses Gesetzes hat man zwar gewöhnlich die Personeneinheit finden wollen; allein der Jurist sagt ja ausdrücklich, daß sein Satz nicht auf einer besondern Rechtssatzung ruhe, sondern auf der Natur der Sache; wie man nicht gegen sich selbst klagen kann, weil die Klage keinen Erfolg haben könnte, so kann man auch nicht gegen diejenigen klagen, welche man in seiner Gewalt hat, weil man dadurch nichts erlangen könnte, was man nicht an sich schon erworben hat. In der darauf folgenden l. 17 pr. setzt Ulpian noch den andern Grund hinzu, daß die Pönalklage demjenigen nicht nothwendig sey, welcher den Dieb selbst züchtigen dürfe; allein dieser Grund ist offenbar seicht, und paßt weder auf die Schadensersatzklage, noch auf Forderungen aus Verträgen *o*). Ulpian fühlt auch selbst die Vermögenslosigkeit der Sklaven und Kinder als den wahren Grund heraus, wie daraus hervorgeht, daß er in dem §. 1 einen Einwurf macht, der nicht gegen den von ihm angegebenen Grund, wohl aber

---

*o*) Gleichwohl hält Brunsich §. 8 diesen Grund für den wahren.

gegen die Ableitung der Klagausschließung aus der Vermögenslosigkeit gemacht werden kann. Unde est quaesitum, fährt er fort, si fuerit alienatus vel manumissus, an furti actione teneatur? Offenbar ist dies der von mir vorhin angeregte Zweifel, ob obligatio und actio für den Herrn oder Vater nicht durch die Lösung der Gewalt möglich erachtet werden müsse, und der Jurist beseitigt diesen Zweifel durch dasselbe Rechtsprincip, welches von mir zu seiner Lösung angezogen wurde, indem er sagte: Et placet non teneri: neque enim actio, quae *non fuit ab initio nata*, oriri potest *p*).

Demnach erscheint als der wahre Grund, um dessen willen eine obligatio civilis zwischen dem Vater und den in seiner Gewalt befindlichen Kindern nicht statt finden kann, lediglich die Vermögenslosigkeit der Kinder, und dies wird auch durch die Natur derjenigen Ausnahmen bestätigt, welche von dieser Regel im römischen Rechte vorkommen, und im folgenden §. 3 betrachtet werden sollen *q*).

Dadurch ist nun aber auch zugleich erklärt, warum zwischen Geschwistern, oder andern Personen, welche sich in der Gewalt desselben paterfamilias befinden, keine obligatio civilis bestehen kann. Da nämlich jede Forderung einer solchen Person augenblicklich dem Vater erworben wird, so könnten diese Personen niemals unter sich, sondern immer nur gegen den Vater Gläubiger oder Schuldner werden, und jede solche obligatio fällt daher aus den obigen Gründen zusammen.

## §. 3.

Wenn nach der bisherigen Ausführung die Vermögenslosigkeit des Hauskindes der Grund war, der eine

---

*p*) l. 2 §. 2 D. quod jussu.

*q*) Diese Darstellung der Sache findet sich schon angedeutet bei Corasius l. c. §. 45, 46. Merenda, contrav. I, 20. Titius l. c. §. 30, 31, 36, 37. Wening, IV. §. 86.

obligatio civilis zwischen ihm und dem Vater unmöglich machte, so mußte diese Unmöglichkeit in dem Grade verschwinden, als die Hauskinder fähig wurden, Vermögen für sich zu erwerben.

Diese Fähigkeit erlangten sie bekanntlich zuerst durch die kaiserlichen Verordnungen über das sogenannte peculium castrense, und consequent finden wir nun auch von den Pandektenschriftstellern den Satz ausgesprochen, daß, wenn ein Haussohn ein peculium castrense besitzt, rücksichtlich dieses zwischen ihm und dem Vater obligatio und actio statt finden kann, soferne dieselbe nur ex causa peculii entstanden ist *r*). Demgemäß kann der Sohn dem Vater zur Eigenthumsübertragung, Constituirung dinglicher oder persönlicher Rechte an castrensischen Sachen, sey es nun durch Kauf, Tausch, Miethe oder Stipulation, kurz aus allen Verträgen über solche Sachen verpflichtet werden *s*). Die Stipulation muß sich aber ebenfalls auf Bestandtheile des Peculiums ausdrücklich bezogen haben; war das Versprechen nur allgemein ohne diese Beziehung gegeben, so kann die Erfüllung doch nicht aus dem peculium castrense gefordert werden *t*); und daher kann auch ein Darlehen den Sohn nur dann verpflichten, wenn er es auf castrensische Sachen verwendet hat. Ebenso muß der Sohn dem Vater aus einem Legate verpflichtet werden können, welches ihm aus einer Einsetzung auferlegt ist, deren Erwerb in das castrensische Gut fällt, also als successor eines Cameraden, oder eines solchen, den er nur durch den Kriegsdienst kennen gelernt hat. *u*) Aus Privatdelikten des Sohnes gegen den Vater kann deßhalb für

---

*r*) l. 4 D. de judiciis. Titius §. 39. Stryk, de obligatione filiif. Halae 1708 cap. 2. in diss. acad. Vol. VIII n. 26.

*s*) l. 2 pr. D. de contr. emt.

*t*) l. 15 §. 2 D. de castr. pecul.

*u*) l. 5. l. 16 § 1. l. 19 pr. D. de castr. pec.

diesen, strenge genommen, doch keine klagbare Forderung entstehen, wenn auch der Sohn ein Soldatengut hat, weil der Obligationsgrund mit diesem in keiner Verbindung steht, und man nicht sagen kann, die Forderung sey ex causa peculii entstanden; allein da es doch billig ist, daß derjenige aus seinen Delikten hafte, welcher die Möglichkeit hat, Schadensersatz zu leisten, so wird dem Vater die Klage als utilis gegeben. Anders ist es dagegen bei Verletzungen des Vaters durch einen zum Peculium gehörigen Sklaven oder ein Thier; hier geht der Obligationsgrund unmittelbar aus dem Peculium hervor, und darum steht dem Vater die Noxalklage nach strengem Rechte als directa zu *v*).

Ebenso kann nun auch umgekehrt der Vater dem Sohne civiliter verpflichtet werden, und zwar aus allen zweiseitigen Verträgen über castrensische Sachen, oder auch aus den über des Vaters eigene Sachen eingegangenen, wenn nur die Gegenleistung, welche der Sohn verspricht, aus dem Sondergute genommen ist, weil dann der Erwerb ebenfalls diesem zufällt, ferner wenn er castrensisches Geld als Darlehen, oder sine causa ins Eigenthum erwirbt, oder wenn der Sohn als sein Bürge oder als negotiorum gestor mit solchem Gelde für ihn bezahlt, oder Theile des Soldatengutes für ihn hingegeben hat *w*). Schenkungen und einseitige Versprechungen an den Sohn sind aber nur dann wirksam, wenn sie von der Art sind, daß der aus ihnen hervorgehende Erwerb in das peculium castrense fallen kann, also wenn bewegliche Sachen dem ins Feldziehenden geschenkt werden *x*); dagegen sind Schenkungen oder Versprechungen an einen castrensischen Sklaven ganz

---

*v*) l. 52 §. 4 u. 5 D. ~~eod.~~ furti 47. 2.

*w*) l. 2 D. de contr. emt. l. 42 §. 3 D. de adqu. hered. l. 10 §. 2 i. f. D. de fidejuss.

*x*) l. 11 D. de castr. pecul. l. 1 C. eod. l. 4 C. fam. erc. Titius §. 40.

allgemein, auch für Immobilien, gültig, weil der Sklave nicht, wie der Sohn, eine doppelte Rechtsfähigkeit hat, eine für den Vater und eine für den Sohn, sondern sein ganzer Erwerb dem Sohne resp. dem Sondergute zufällt, weßhalb denn auch jede Erbschaft, auf die ein solcher Sklave eingesetzt wird, in das Peculium gehört, selbst wenn der Erblasser kein Kamerad oder Kriegsbekannter des Sohnes war, und somit, wenn dieser selbst eingesetzt worden wäre, die Erbschaft durch ihn dem Vater würde erworben worden seyn *y*). Demgemäß muß man auch annehmen, daß der Vater aus Legaten verpflichtet werden kann, und zwar, wenn er sie an einen castrensischen Sklaven entrichten soll, unbedingt, wenn aber der Sohn selbst der Legatar ist, nur unter der Voraussetzung, daß der Testator ein Kamerad oder Kriegsbekannter des Sohnes war. Endlich wird der Vater aber auch aus allen Privatdelikten verpflichtet, durch welche er das Sondergut verletzt, nicht aber aus den nur gegen die Person des Sohnes gerichteten Delikten, wie Injurie, wo überdies die **paterna reverentia** die Klage auch von Seite der emancipirten Kinder hindert *z*).

Ganz dasselbe, was bisher von dem **peculium castrense** gesagt worden ist, muß auch dann gelten, wenn der Sohn ein sogenanntes **peculium quasi castrense** hat, weil dieses jenem nachgebildet und rechtlich ganz gleichgestellt ist.

Durch die spätern Kaiser wurde endlich der Grundsatz ausgesprochen, daß aller von außenher kommende Erwerb dem Kinde zufallen, der Vater aber daran nur den Nießbrauch und in bestimmten Fällen nicht einmal diesen erlangen solle. Hier entsteht nun die in unsern Quellen gar nicht berührte Frage: ob auch wegen eines solchen jetzt sogenannten

---

*y*) l. 15 §. 3. l. 19. §. 1 D. de castr. pec.

*z*) l. 52 §. 6 D. de furtis. l. 7. §. 3 D. de injur.

sogenannten peculium adventicium eine obligatio civilis zwischen Vater und Kind statt finden könne? Die juristische Consequenz muß diese Frage gewiß bejahen; denn da die Unmöglichkeit der obligatio civilis nur aus der Vermögenslosigkeit des Kindes folgt, so muß sie wegfallen, sobald ein Hauskind Eigenthum erwirbt; der Grund des Eigenthumserwerbes muß dabei offenbar gleichgültig seyn, und es muß daher von dem peculium adventicium in dieser Beziehung im Wesentlichen dasselbe gelten, wie von dem militare *a*). Dagegen wird zwar eingewendet, das peculium adventicium stehe dem castrense nicht durchaus gleich, weil ja bekanntlich das Kind auch nicht über dasselbe testiren dürfe *b*). Allein dies ist offenbar ein Trugschluß. Die Kaiser haben entschieden und unbezweifelt dem Kinde das Eigenthum an den sogenannten Adventitien zugesprochen, und es müssen daher auch alle regelmäßigen Folgen und Wirkungen des Eigenthums eintreten, welche die Kaiser nicht ausdrücklich ausgenommen haben. Eine solche Ausnahme haben sie nun allerdings sehr inconsequenterweise rücksichtlich der testamenti factio gemacht; allein dies ist eben darum eine Singularität, die durchaus nicht benützt werden darf, um andere Folgen des Eigenthums zu leugnen, wenn nicht die ganze Lehre von den Adventitien principlos werden soll. Zwar sucht Marezoll l. c. S. 432 ff. auszuführen, der Grund, warum ein Hauskind nicht habe testiren können, liege nicht in der Vermögenslosigkeit desselben, sondern darin, daß es eben kein paterfamilias sey, und über das peculium castrense habe es nur deßhalb testiren dürfen, weil es für dieses ausdrücklich von den Gesetzen einem pater-

*a*) Donellus, comment. j. civ. lib. XII cap. 23 §. 9 i. f. Stryk l. c. cap. 3 §. 24. Titius §. 39. Lauterbach de peculio adv. irreg. §. 23—25, in diss. acad. T. III. n. 109.

*b*) Goeddaeus, de contr. stip. Sigen. 1597. cap. 7 concl. 5. n. 43—57. Brunsich §. 34. Wening-Ingenheim IV. §. 86. Marezoll in Linde's Zeitschrift B. 8. S. 439.

familias gleichgestellt worden sey. Allein dies ist eine bloße Zirkelerklärung, und läßt die Frage, warum denn nur ein paterfamilias testiren durfte, völlig unbeantwortet. Diese Ansicht widerstreitet aber auch den Quellen; denn diese, nicht erst unsere Juristen, geben ausdrücklich als den Grund der mangelnden testamenti factio der Hauskinder ihre Vermögenslosigkeit an *c*). Wenn nun Marezoll hierin nur einen Versuch finden will dem anerkannten Principe einen plausibeln Grund unterzulegen, dem das Princip selbst nicht aufgeopfert werden dürfe, so läuft das am Ende auf die Frage hinaus, ob man dem Ulpian oder den spätern Kaisern eine richtigere Einsicht in das römische Recht zutraut, und deren Beantwortung ist freilich Geschmackssache. Für Ulpian entscheidet übrigens jedenfalls die Art und Weise, wie die Theorie des peculium castrense entstand. Die Verordnungen von Augustus, Nerva und Trajan, welche die Grundlage der ganzen Lehre bilden, sprachen nicht den Satz aus, daß die Söhne rücksichtlich ihres castrensischen Erwerbes als patresfamilias zu betrachten seyen, sondern nur, daß sie darüber testiren dürften *d*); hieraus aber folgerten die Juristen, nicht ohne Widerspruch einzelner, in welchen der Buchstabe des Gesetzes über dessen Geist siegte, daß jener Erwerb ein patrimonium der Söhne sey, und daß sie deßhalb in Bezug auf dasselbe als patresfamilias zu betrachten seyen, und so gewann die Lehre ihre consequente Durchbildung *e*). So wird insbesondere in l. 7 §. 6 D. de donat. gesagt, der Sohn dürfe deßhalb castrensische Sachen verschenken, weil er auch darüber testiren dürfe; das Schenken ist aber doch gewiß ein Ausfluß des Eigenthums, nicht der Eigenschaft eines pater-

---

*c*) Ulp. Fragm. XX §. 10. Theophilus ad §. 9 J. de test.

*d*) pr. J. de test.

*e*) l. 3 §. 10 D. de minor. l. 1 i. f. l. 2 D. ad S.C. Mac. l. 22 D. de bonis libert. l. 6. l. 13. l. 19 §. 3 D. de castr. pec.

**familias** ohne Rücksicht auf dessen Eigenthumsfähigkeit. Marezoll sieht sich endlich durch seine Ansicht zu dem Satze gedrängt, zur Begründung der Testirfreiheit sey nicht Eigenthumsrecht an dem Testirvermögen wesentlich nothwendig gewesen, welchen gewiß unerhörten Satz er daraus ableiten will, „daß bekanntlich vor Justinian der Sohn „sowohl unter Lebenden als auf den Todesfall über das „**peculium castrense** verfügen konnte, aber dennoch dem „Eigenthume nach dasselbe dem Vater gehörte, ein väter„liches Vermögen war, welches daher auch unter Umstän„den **jure peculii** dem Vater blieb." Allein eben dieses letztere ist entschieden irrig, und wird durch die Gesetze widerlegt, auf welche sich Marezoll dafür beruft. Weil nämlich die Juristen das Eigenthum des Sohnes nur aus der ihm gestatteten **testamenti factio** abgeleitet hatten, so nahmen sie es auch nur an unter der Voraussetzung, daß der Grund desselben eintreten werde, daß der Sohn von seinem Rechte Gebrauch machen und testiren werde, **jure concesso uti.** That er dies nicht, starb er also ohne Testament, so wurde es so angesehen, als habe er nie ein Sondergut gehabt, und der castrensische Erwerb fiel mit rückwärts wirkender Kraft dem Vater zu, als wäre er von Anfang an dessen Eigenthum gewesen; es waren daher nun auch die von dem Vater vorher getroffenen Dispositionen über dasselbe gültig, und umgekehrt die Dispositionen unter Lebenden, welche der Sohn getroffen hatte, ungültig *f*). Daß aber, so lange der Sohn noch lebt, er und nicht der Vater als Eigenthümer gilt, geht schon daraus hervor, daß dem Vater alle Dispositionen über das Soldatengut unmöglich sind *g*), und ist in den Gesetzen überdies ausdrücklich gesagt. So sagt Tryphonin in **l. 19 §. 3 D. de castr. pec.** von jenem Erwerbe des Vaters: **quod si**

---

*f*) **l. 1, 2, 9, 14, 17 pr. §. 1 D. de castr. pec.**

*g*) **l. 17 D. de manum. l. 12. l. 18. D. de castr. pec.**

intestatus decesserit filius, *postliminii* cujusdam similitudine pater antiquo jure habeat peculium, *retroque* videtur habuisse rerum dominia, worin doch deutlich liegt, daß der Vater vorher nicht Eigenthümer war. Ebenso sagt Papinian in l. 15 §. 3 eod., von einem castrensischen Sklaven nullo jure, quamdiu filius vivit, patri subjectus est, und geradezu nennt Ulpian in l. 3 §. 10 D. de minor. das Soldatengut ein proprium patrimonium des Sohnes. Wenn demnach in der Theorie des peculium castrense die römischen Juristen aus einer einzelnen von den Kaisern ausgesprochenen Folge des Eigenthums dieses selbst in seinem ganzen Umfange folgerten, so dürfen und müssen wir gewiß um so mehr in der Theorie der Adventitien aus dem unzweideutig ausgesprochenen Eigenthume alle seine einzelnen Folgen ableiten, wenn anders unser Studium des römischen Rechtes über eine blos äußerlich empirische Buchstabenkrämerei sich zu einer Wissenschaft des Rechtes erheben, und die so oft ausgesprochene Bewunderung der römischen Juristen und ihrer Methode in uns Frucht bringen soll. Daß dabei die von Justinian ausgesprochene Testirunfähigkeit als eine Inconsequenz erscheint, um so größer, nachdem er in der Nov. 118 die Adventitien der gewöhnlichen Intestaterbfolge unterworfen hat, ist kein Unglück, und mag mit einem transeat cum ceteris abgethan werden. Ob übrigens diese Ausschließung des Testirens sich auch auf das peculium adventicium irregulare beziehe, ist dann für die Hauptfrage dieser Abhandlung eben so gleichgültig, als der Umstand, ob das Recht des Vaters am adventicium regulare nach der herrschenden Ansicht ein gewöhnlicher Nießbrauch, oder, wie Marezoll l. c. S. 92 ff. sehr künstlich ausführt, ein umfangreicheres jus in re sey; denn daß es nicht Eigenthum ist, dieses vielmehr den Kindern zusteht, ist auch bei dieser neuen Ansicht anerkannt, und hierauf allein kommt es bei unserer Frage an.

Wenn demnach angenommen werden muß, daß durch

die Existenz eines Adventizgutes eine obligatio civilis zwischen Vater und Kind möglich wird, so leidet doch diese Möglichkeit nach der rechtlichen Natur der Adventitien mancherlei Beschränkungen, theils deßsalb, weil eine durch adventicisches Gut erworbene Sache nicht schon deßhalb auch zum peculium adventicium gehört, theils wegen des dem Vater regelmäßig zustehenden Nießbrauch- und Verwaltungsrechtes. Aus der ersten Rücksicht ergiebt sich, daß der Vater dem Kinde, welches kein peculium militare hat, niemals zur Uebertragung von Eigenthum oder andern dinglichen Rechten verpflichtet werden kann, weil jeder solche Erwerb, als ex substantia patris kommend, auch noch nach l. 6 pr. C. de bonis, quae liberis durch das Kind wieder dem Vater selbst zufallen würde, und höchstens als peculium profiticium betrachtet werden könnte. Die Ausnahmen, welche hievon manche wegen besonderer Verdienste eines Hauskindes machen wollen *h*), sind ganz willkührlich und verwerflich, und ohne allen Grund behauptet Titius §. 31, 40, 41, 45, 47, 49 ganz allgemein das Gegentheil, und will die Gültigkeit des Vertrages von dem Willen des Vaters abhängen lassen. Jenem Grundsatze gemäß kann auch der Vater auf den ihm gesetzlich an den Adventitien zustehenden Nießbrauch nicht verzichten, weil dieser als Erwerb vom Vater auch wieder an den Vater fallen würde *i*); anderer Meinung sind zwar hier manche *k*) wegen l. 6 §. 2 C. de bonis, quae liberis, aber dieses Gesetz erklärt sich aus den weiter unten zu erörternden Grundsätzen über Schenkungen des Vaters an seine Kinder *l*). Dagegen

---

*h*) Lauterbach, de donat. §. 25. Brunnemann ad l. 11 C. de donat. n. 7.

*i*) Marezoll l. c. S. 244, 408, 425. Wening IV §. 84.

*k*) Titius §. 39. Lauterbach de pec. adv. irr. §. 19, 20. Scipio Gentilis de bonis mat. cap. 5 i. f. —

*l*) Thibaut, Versuche B. 2. n. 12. System §. 257.

muß die Obligation des Vaters auf Rückgabe einer aus dem peculium adventitium irregulare — bei dem regulare lassen sich wegen des väterlichen Nießbrauches auch diese Verträge nicht denken — durch commodatum, depositum oder pignus erhaltenen Sache als eine klagbare betrachtet werden, sowie er auch als Mandatar oder negotiorum gestor seines Sohnes muß belangt werden können, das von außen her für ihn Erhaltene herauszugeben. Eben deßhalb müßte strenge genommen auch der Vater als Nießbraucher der Adventitien zur Cautionsleistung und Rechnungsstellung verbunden seyn, wenn ihm nicht Justinian ausdrücklich diese Verpflichtung erlassen hätte *m*); er sagt dabei selbst, dies geschehe um der paterna reverentia willen, und charakterisirt dadurch seine Bestimmung als eine Singularität. Daher darf sie auch nicht auf den Fall ausgedehnt werden, da der Vater zur Verwaltung eines peculium adventicium irregulare berufen wird, indem derselbe hier ganz wie ein gewöhnlicher curator zu betrachten ist *n*).

Weit weniger eingeschränkt ist auf der andern Seite die Möglichkeit einer Verpflichtung des Kindes, welches Adventitien hat, an den Vater. Dieses kann nämlich demselben aus allen einseitigen Verträgen zur Eigenthumsübertragung, Gebrauchsüberlassung, Bestellung von jura in re verpflichtet werden. Nur der Nießbrauch des adventicium regulare kann nicht Gegenstand einer solchen obligatio werden, weil er ohnehin schon dem Vater zusteht *o*), und zweiseitige Verträge, welche dem Vater zu einem dare verpflichten würden, sind ausgeschlossen, weil die vom Vater dem Sohne zu gebende Gegenleistung diesem nicht erworben werden könnte, der Vertrag mithin als auf etwas Unmögliches gerichtet wirkungslos ist *p*).

---

*m*) l. 6 §. 2. l. 8 §. 4. C. de bonis, quae lib.

*n*) Marezoll l. c. S. 363 u. 441. Wening IV §. 85.

*o*) l. 45 pr. l. 159 D. de R. J. l. 82. pr. D. de V. O.

*p*) l. 31. l. 185. D. de R. J.

Wenn übrigens bisher die Möglichkeit von Obligationen in Folge eines Adventizgutes angenommen wurde, so versteht es sich von selbst, daß der Obligationsgrund an sich den gesetzlichen Erfordernissen entspricht, daß mithin das Hauskind in den Fällen, wo sein Consens die Forderung begründen soll, entweder großjährig sey, oder durch einen **curator ad hunc actum** gehörig vertreten werde *q*); und dies muß jetzt auch bezüglich des **peculium militare** gelten, für welches dieser Satz in den Gesetzen nur deßhalb nicht ausgesprochen ist, weil bei den Römern ein Mündiger keinen **curator** brauchte, ein Unmündiger aber kein solches **peculium** haben konnte.

Jetzt läßt sich auch leicht bestimmen, inwieferne durch eigene Peculien eine **obligatio civilis** zwischen den in der Gewalt befindlichen Geschwistern möglich ist. Der Bruder, welcher solche Peculien hat, kann gegen seine Geschwister in derselben Weise verpflichtet werden, wie gegen den Vater; die daraus entspringende Forderung bleibt aber nur dann vollständig dem erwerbenden Geschwister, wenn die **causa obligationis** in einem **peculium militare** desselben lag; außerdem wird das durch die Forderung Erworbene nur Adventizgut desselben, und unterliegt dem Nießbrauchrechte des Vaters *r*).

Die freien Peculien sind übrigens nicht der einzige Grund der Möglichkeit einer Civilobligation zwischen Vater und Kind. Eine solche tritt vielmehr auch in allen denjenigen Fällen ein, da der Vater vermöge gesetzlicher Vorschrift dem Kinde etwas zu seinem eigenen Bedarfe und Genuß zu geben verpflichtet ist, wie z. B. Alimente, Unterrichts- und Studienkosten, **dos** und **donatio propter nuptias**, oder da gewisse Sachen in Folge gesetzlicher Bestimmung von selbst aus dem Vermögen des Vaters in das der Kinder

---

*q*) arg. l. 8 §. 1 C. de bonis, quae lib. Nov. 117 cap. 1 §. 1.

*r*) pr. J. per quas pers. nobis oblig. adquir.

übergehen, wie die lucra nuptialia bei einer zweiten Ehe s). In beiden Fällen kann der Vater — abgesehen von der vindicatio, welche den Kindern im zweiten Falle zusteht — mit einer condictio ex lege belangt werden, und in dem zweiten Falle ist bekanntlich der Anspruch der Kinder gegen ihn sogar durch eine gesetzliche Hypothek gesichert. Aber auch diese Ausnahmen von der Unmöglichkeit einer obligatio civilis zwischen Vater und Kind erklären sich aus dem für diese oben aufgestellten Principe der Vermögenslosigkeit. Bei dem zweiten Falle ist dies klar, weil ja die Gesetze ausdrücklich den Kindern das Eigenthum der lucra nuptialia zuschreiben; aber auch in den Fällen der ersten Art muß, indem das Gesetz ein selbstständiges Bedürfniß des Kindes anerkennt, das zur Befriedigung desselben Gegebene als Vermögen des Kindes, als getrennter Erwerb betrachtet werden, der nicht wieder dem Vater zufällt, und in der That wird von den Gesetzen die dos ein proprium patrimonium der Tochter dem Vater gegenüber genannt t). Von Seite des Kindes gegen den Vater bestehen zwar auch solche gesetzliche Verpflichtungen, namentlich zur Alimentation; aber ihre Erfüllung wird natürlich doch wieder nur durch eigene Peculien möglich.

Diese bisher erörterten Ausnahmen von der Unmöglichkeit einer Civilobligation zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen sind übrigens die einzigen, welche bestehen. Denn die extraordinariae cognitiones und die Statusklagen, welche Platz greifen können, gründen sich nicht auf Obligationen, und die letztern bezwecken überdies nur eine Entscheidung über die Existenz der väterlichen Gewalt.

---

s) Marezoll l. c. S. 247 ff. über die Unterscheidung dieser Fälle von den Adventitien.

t) l. 3 §. 5 D. de minor. l. 16 D. de religiosis.

## §. 4.

Insoferne nach den bisher entwickelten Grundsätzen eine obligatio civilis zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen nicht möglich ist, kann doch eine obligatio naturalis eintreten. Dies ist entschieden ausgesprochen in l. 38 D. de cond. indeb., wo Africanus aus den Darlehen, welche ein Bruder dem Bruder, der Sohn dem Vater, oder der Vater dem Sohne giebt, eine wirksame obligatio naturalis entstehen läßt, und wird durch sehr viele Gesetzesstellen bestätigt, in welchen von Forderungen zwischen Vater und Kind, oder Herrn und Sklaven ganz abgesehen von freien Peculien die Rede ist *u*).

Diese Möglichkeit einer obligatio naturalis könnte übrigens bezweifelt werden, und unbegreiflich erscheinen, weil alle die Gründe, welche das Entstehen einer obligatio civilis hindern, auch der naturalis entgegenzustehen scheinen, umsomehr, als in l. 49 §. 2 D. de peculio gesagt wird: „ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, *ex causa civili* computandum est", und in der That haben sich hiedurch Mehrere verleiten lassen, die Möglichkeit einer Naturobligation zwischen Vater und Kind zu leugnen *v*). Allein die obenangeführten

---

*u*) l. 3 §. 7. l. 4 §. 1. l. 5 §. 4. l. 7 §. 6, 7. l. 8. l. 9 §. 1, 2, 6, 7. l. 11. pr. §. 2, 4, 5, 7. l. 17. l. 18. l. 27 §. 4, 7. l. 38 pr. §. 2. l. 49 §. 1. l. 52 pr. l. 56 D. de peculio. Daß in dieser Beziehung das Verhältniß der Hauskinder und Sklaven gleich ist, ist bekannt, und es müssen daher die von Sklaven sprechenden Gesetze auch auf Hauskinder Anwendung leiden. pr. J. quod cum eo. — l. 1 §. 5 D. de peculio.

*v*) Titius §. 32. Merenda I, c. 26, der die l. 38 cit. so erklärt, der Vater könne sich zur Vergrößerung des pecul. prof. verpflichten. Schömann, Handbuch II, S. 195—201, der wenigstens nur in Beziehung auf ein pec. prof. solche Obligationen zuläßt.

Gesetze sprechen zu klar, als daß man sie umgehen könnte, und die angegebenen Zweifelsgründe sind auch leicht zu beseitigen. Was zunächst die l. 49 §. 2 cit. betrifft, so setzt sie ja gerade selbst die Möglichkeit einer obligatio naturalis voraus, und fordert nur zu ihrer Entstehung, daß der Obligationsgrund in objektiver Beziehung vollendet sey. Was das Civilrecht zur Entstehung einer obligatio zwischen unabhängigen Personen fordert, das muß natürlich auch vorhanden seyn, wenn der fragliche civilrechtliche Obligationsgrund zwischen Vater und Kind wenigstens eine obligatio naturalis erzeugen soll, worüber unten in §. 6 das Nähere gesagt werden wird. Im Uebrigen aber kann man sagen: civilis ratio naturalia jura corrumpere nequit *w*). Denjenigen, welche die Unmöglichkeit der obligatio civilis aus der Personeneinheit ableiten, liegt die Anwendung dieses Grundsatzes ganz nahe, indem sie diese Einheit als eine Fiktion des Civilrechtes für unanwendbar auf die dem jus gentium entstammende obligatio naturalis erklären *x*). Aber auch bei unserer Ansicht der Sache erklärt jenes Princip die Möglichkeit der obligatio naturalis. Denn auch der Grundsatz, daß Hauskinder nur für ihren Vater rechtsfähig sind, ihm erwerben und darum selbst vermögenslos seyn müssen, aus welchem oben die Unmöglichkeit einer obligatio civilis zwischen Vater und Kind abgeleitet worden ist, gehört, wie die ganze patria potestas nur dem römischen Civilrechte an, und ist dem jus gentium fremd. Diese civilis ratio kann also zwar bewirken, daß im Civilrechte keine Obligation anerkannt wird; sie kann aber das positive Moment nicht zerstören, welches nach der aequitas des jus gentium eine Naturalobligation er-

---

*w*) §. 11 J. de jure nat. l. 8 D. de cap. min. l. 8 D. de R. J.

*x*) Lescurius p. 540. Davydargenteus p. 589. Ramos §. 7, 8. Faber ad l. Frater.

zeugt *y*). Nach den Grundsätzen des jus gentium ist das Hauskind nicht rechtlich vermögenslos; es erscheint hier nur die Rückwirkung des Civilrechts als eine faktische Vermögenslosigkeit des Kindes, und diese kann die Entstehung einer Verbindlichkeit desselben nicht hindern, sonderns höchstens deren Erfüllung hinausschieben, wie in §. 5 ausgeführt werden soll.

Muß nun auch nach dem Bisherigen die Möglichkeit einer obligatio naturalis zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen zugegeben werden, so könnte doch noch behauptet werden, daß sie wenigstens in dem Falle, da der Vater dabei als Schuldner erscheinen soll, nicht fortdauern könne, sondern sogleich wieder durch confusio erlöschen müsse, indem der Vater durch seine Kinder auch diejenigen Rechte erwerbe, welche für diese nur nach den Grundsätzen des jus gentium durch adquisitiones naturales begründet sind. Dieser Einwand macht eine genauere Untersuchung der Frage nothwendig, ob der Vater auch die nur nach jus gentium eintretenden Rechte also auch die bloßen obligationes naturales seiner Kinder erwerbe.

Diese in unsern neuern Handbüchern mit Stillschweigen übergangene Frage ist aber im Allgemeinen gewiß zu bejahen. Dafür ist zunächst schon der Umstand, daß die Quellen ganz allgemein sagen, der Vater erwerbe durch seine Kinder, *quidquid* ad eos pervenerit oder *quodcunque* sibi adquirerent *z*), und daß jeder Erwerb, welcher naturaliter geschieht, auch durch Andere, selbst durch freie Stellvertreter bewirkt werden kann *a*). Dafür ist ferner, daß diesen Sätzen gemäß der Vater durch seine Kinder auch den Besitz und

---

*y*) Büchel, Erörterungen B. 2. H. 1. S. 93.

*z*) §. 1 J. per quas pers. cuique adqu. l. 1 D. si quis a par. manum.

*a*) l. 53 D. de dominio.

folgeweise das bonitarische Eigenthum erwirbt *b*). Endlich haben wir dafür aber auch ganz speciell entscheidende Gesetze. Wenn nämlich der Vater mit der actio de peculio belangt wird, zieht er nicht blos dasjenige vorweg ab, was das Hauskind ihm selbst schuldet, sondern auch was es denjenigen schuldet, die in des Vaters potestas stehen, und zwar nach dem Ausspruche Ulpian's deßhalb, quoniam *hoc quoque domino deberi* nemo ambigit *c*). Dadurch ist ganz bestimmt ausgesprochen, daß diejenigen Forderungen, welche ein Haussohn gegen den andern erwirbt, durch ihn dem Vater erworben werden, und, da solche Forderungen nur obligationes naturales seyn können, so steht damit zugleich fest, daß der Vater durch seine Kinder auch Naturalobligationen erwirbt. Einen weitern Beweis hiefür enthält die l. 38 pr. D. de cond. ind., wornach, wenn ein Bruder dem andern ein Darlehen giebt, der Vater der Gläubiger wird, wie aus der Exegese dieses Gesetzes unten in §. 7. erhellen soll, und endlich die l. 59. D. de pactis, wo Paulus sagt:

Per quos adquiri nobis stipulatione potest, per eosdem etiam pactis conventis meliorem conditionem nostram fieri posse placet *d*).

Da nämlich bekanntlich aus einem bloßen pactum nur eine obligatio naturalis entsteht, so ist hier unsere Frage ganz allgemein bejaht. — Mit Recht hat daher auch schon die Glosse ad l. 38 D. de cond ind. und die meisten Exegeten dieses Gesetzes *e*) angenommen, der Vater erwerbe

*b*) Gaj. II. 87, 89. §. 3. J. eod. l. 10 §. 1, 2 D. de domin.

*c*) §. 4 J. quod cum eo. l. 6 pr. l. 9 §. 3 D. de peculio.

*d*) Anwendungen dieses Grundsatzes enthalten die l. 17 §. 7 l. 18 l. 19 l. 20 l. 21 pr. D. de pactis.

*e*) Fulgosius, Duaren, Donellus ll. cc. Cabotius cap. 22. Lescurius p. 536. Pacius p. 557. Mercerius p. 571. Davydargenteus p. 590. Ramos §. 72 — 76. Charondas, ve-

durch seine Kinder auch bloße Naturalobligationen, wobei sich nur mehrere ohne Grund dafür auf l. 79 D. de adqu. her. berufen; denn dieses Gesetz beweist nur die Zeit, nicht auch den Umfang des väterlichen Erwerbes.

Manche Juristen haben übrigens unsere Frage verneint *f*), und zwar aus folgenden Gründen. Die obligatio naturalis sey eine res facti, und trete nur nach jus gentium ein, auf welches sich der civilrechtliche Erwerb des Vaters nicht beziehen könne; höchstens bei einer ex re peculiari entstandnen Forderung könne der Uebergang auf den Vater zugegeben werden; außerdem entscheide die civilis und naturalis aequitas für das Kind nach l. 17 §. 4. D. de inst. act. l. 50 §. 3. D. de pecul. l. 41 §. 1. l. 206 D. de R. J. Allein dieses Argument ist eine offenbare petitio principii, und durch die obigen Gründe widerlegt; die angeführten Gesetze haben aber alle durchaus keinen Bezug auf unsere Frage. Die beiden ersten untersuchen, inwiefern der Vater durch seine Kinder verpflichtet wird, was bekanntlich nicht in gleichem Umfange mit der Berechtigung eintritt, und die beiden letzten enthalten nur den allgemeinen Satz, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern soll, der hier deßwegen keine Anwendung leiden kann, weil ja der Vater entschieden durch seine Kinder erwirbt, also bereichert wird. Der Hauptgrund dieser Ansicht ist aber endlich der, daß nach l. 38 §. 2. D. de cond. indeb. der Vater entschieden seinem Sohne naturaliter schulden kann, was nicht möglich wäre, wenn auch die obligationes naturales durch die Hauskinder dem Vater erworben würden. Allein

---

ris. I, 9. Corasius §. 26 — 30. Cujacius in tract. ad l. Frater. — Donellus l. c. §. 6 — 11. p. 355 sq.

*f*) Suerin p. 25. Hotomannus App. p. 548. Faber conj. XX, 20. und auch Cujacius ad l. 18 fam. erc. T. VII p. 505, wo er die obl. nat. dem Vater nur ex causa peculiari zuerkennt.

dadurch sind offenbar die für diesen Erwerb vorhin angeführten Gründe nicht widerlegt, und es scheint somit hier ein Widerspruch in den Gesetzen vorzuliegen.

Die Lösung dieses Widerspruches ist auf verschiedene Weise versucht worden. Die Glosse, welcher sich Pacius p. 560 anschließt, nimmt an, es entstünden in allen solchen Fällen eigentlich zwei obligationes naturales, eine für den Sohn, die andere durch ihn für den Vater, wovon aber die letzte die stärkere sey, so daß, wenn der Vater bezahlt oder von dem Schuldner beerbt werde, auch die Forderung des Sohnes erlösche; wenn nun der Vater selbst in ein Schuldverhältniß zu seinem Kinde trete, erlösche zwar die ihm selbst wieder erworbene obligatio naturalis durch Confusion, die des Kindes bleibe aber bestehen. Allein diese Ansicht entbehrt nicht blos aller gesetzlichen Basis, sondern erklärt auch die Sache nicht, weil immer wieder die Frage übrig bleibt, warum nicht auch in dem letzten Falle diejenige obligatio, welche dem Vater erworben wird, die stärkere sey, und durch ihre Confusion die Forderung des Sohnes mitvernichte. Daher ist dieser Erklärungsversuch schon von den Postglossatoren und später allgemein verworfen worden *g*). Einen andern Weg schlägt Cujacius ein, dem Mercerius p. 576 und Cabotius gefolgt sind, und den schon Duaren angedeutet hatte. Er sagt nämlich von der obligatio naturalis des Vaters an den Sohn: patri adquiritur ipso jure, sed quamdiu pater ea adquisitione non utitur, i. e. quamdiu peculium manet apud filium, non intelligitur adquisita. Allein mit Recht hat dagegen schon Pacius p. 559 bemerkt, daß diese Erklärung weder Gesetz noch ratio für sich habe, und daß man auch von der dem Sohne gegen einen Dritten erworbenen obligatio naturalis dasselbe sagen könne. In der That hat dies letztere

---

*g*) Bartolus, Baldus, Fulgosius ad l. Frater. Cabotius cap. 22. Corasius §. 31 — 37.

auch Cabotius gethan, und deßhalb auch das obligatione uti nicht blos in der Rücknahme des Peculiums sondern auch ohne diese darin gefunden, daß der Vater die obligatio naturalis allein aus dem Peculium wegnimmt oder sie dem Schuldner erläßt. Der ganzen Idee des Cujacius steht aber entschieden der Umstand entgegen, daß nach l. 38 §. 2. D. de cond. ind. der Vater auch noch dann als debitor naturalis seines Sohnes erscheint, wenn er bei der Emancipation desselben das Peculium zurückgenommen hat, und ebenso der Erbe des Vaters, wenn dieser den Sohn exheredirt hat, in welchen Fällen man doch gewiß sagen müßte: pater obligatione usus est *h*).

Demnach bleibt nichts anderes übrig, als zu sagen: die obligationes naturales, welche ein Hauskind gegen einen andern als den Vater selbst erwirbt, werden sogleich durch das Kind dem Vater erworben; diejenigen dagegen, bei welchen der Vater selbst als Schuldner erscheint, bleiben dem Kinde. Dieses Resultat hat aber auch alle ratio juris für sich. Denn wenn auch die Rechtswissenschaft das civilrechtliche Princip, daß die Erwerbfähigkeit der Hauskinder dem Vater zu gute komme, selbst auf die in jus gentium begründete Erwerbfähigkeit anwenden durfte und mußte, so konnte sie dieß doch ohne Ungereimtheit nicht in einer Weise thun, durch welche eben diese Erwerbfähigkeit zerstört worden wäre, quia civilis ratio naturalia jura corrumpere nequit. Dazu kommt aber noch, daß, wie sich unten in §. 9 zeigen wird, der Vater nur aus Verträgen oder vertragsähnlichen Verhältnissen Schuldner seines Kindes werden kann, wo es denn der Absicht der Contrahenten, und dem eigenen erklärten Willen des Vaters widerstreiten würde, wenn die dem Kinde erworbene obligatio naturalis dem Vater selbst wieder zufiele *i*).

---

*h*) Suerin p. 26.

*i*) Corasius l. c. Donellus l. c. §. 10. p. 359. —

Wenn demnach durch die bisherige Ausführung nachgewiesen ist, daß zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen eine obligatio naturalis möglich ist, und in den Quellen auch wirklich angenommen wird, so ist dies doch immer nur in der Weise denkbar, daß dabei der Vater selbst als Gläubiger oder als Schuldner erscheint. Unter den Geschwistern dagegen kann sie nicht bestehen, weil die von dem einen gegen das andere erworbene obligatio naturalis augenblicklich dem Vater erworben, und dieser dadurch zum Gläubiger gemacht wird *k*). Denn läßt man einmal, wie es nach dem Obigen entschieden der Fall ist, dem Vater auch obligationes naturales durch seine Hauskinder erwerben, so muß dieser Erwerb auch ganz in derselben Weise statt finden, wie bei den Erwerbungen nach Civilrecht, also nach der Regel der l. 79 D. de adqu. her., welche ganz allgemein sagt, confestim adquiri ei, cujus est in potestate, neque momento aliquo subsistere in persona ejus, per quem adquiritur. Das Kind bleibt also auch bei den Naturalobligationen, die es gegen Dritte oder gegen seine Geschwister erwirbt, keinen Augenblick Gläubiger, und die Forderung kann für dasselbe keine Wirkung haben. Die l. 79. cit. kann zwar nicht als Beweis dafür dienen, daß auch Naturalobligationen dem Vater erworben werden, wohl aber dafür, wie sie erworben werden, wenn dieser Erwerb überhaupt eintritt. Ganz unrichtig ist daher die Behauptung des Cabotius, daß der Erwerb der Naturalobligationen nicht so, wie bei den civilen, sondern nur mittelbar durch das Peculium eintrete, und sie ist lediglich aus seiner Ausdehnung der irrigen Idee des Cujacius über das uti obligatione hervorgegangen, weßhalb er auch alle, die jenen Erwerb annehmen, und Cujacius selbst gegen sich hat.

§. 5.

---

*k*) Donellus l. c. §. 12.

§. 5.

Nachdem bis jetzt die Möglichkeit einer **obligatio naturalis** zwischen Vater und Kind festgestellt worden, fragt es sich nun, welche Wirkungen dieselbe äußern kann, und aus welchen Obligationsgründen die Entstehung derselben möglich ist. Denn aus der Möglichkeit einer Obligation im Allgemeinen folgt durchaus nicht, daß sie aus allen Obligationsgründen entstehen könne. Die Untersuchung dieses letztern Punktes setzt aber die Erörterung über die Wirkungen einer solchen Forderung voraus, und diese müssen nach einem doppelten Zeitpunkte beurtheilt werden, für die Zeit während der väterlichen Gewalt und nach deren Aufhebung.

So lange die väterliche Gewalt dauert, hängt das Bestehen einer solchen **obligatio** lediglich von dem Willen des Vaters ab *l*). Denn wenn der Vater als Schuldner seine Verbindlichkeit erfüllt, so fällt, was er gegeben hat, in das Peculium, wird also sogleich wieder Eigenthum des Vaters, und kann von ihm mit dem Peculium oder allein, wie jeder andere Theil desselben dem Sohne wieder abgenommen werden *m*). Daher kann der Vater auch durch bloße Willensänderung aufhören Schuldner zu seyn, und die Schuld besteht nur so lange, als er **debitor manere voluit** *n*). Darnach könnte es scheinen, als sey eine solche **obligatio** von vorneherein wirkungslos, weil die Gesetze jede in die Willkühr des Schuldners gestellte Forderung als **inutilis** bezeichnen *o*); allein die **obligatio naturalis** ist ja nach den Grundsätzen des **jus gentium** zu beurtheilen, und in diesem ist sie nicht von der Willkühr des Vaters abhängig. Deßhalb darf man auch nicht mit Büchel l. c. S. 93 sagen, die Zahlung des Vaters an das Kind sey während der Gewalt juristisch undenkbar; der Vater kann zahlen, und tilgt dadurch seine Schuld ganz, obgleich frei-

---

*l*) Cabotius c. 22. *m*) l. 4 pr. l. 8 D. de peculio. *n*) l. 7 §. 6 D. eod. *o*) l. 17. l. 46 §. 3. l. 108 §. 1 D. de V. O.

lich wegen der civilrechtlichen Principien über den Erwerb durch die Hauskinder diese Zahlung dem Kinde keinen Vortheil bringt, vielmehr das Gezahlte selbst wieder dem Vater erworben wird. Geradeso, wie seine eigene Schuld an das Kind kann der Vater aber auch die Schuld des Kindes an ihn durch seinen bloßen Willen tilgen, ohne daß ein eigentlicher Nachlaßvertrag nöthig wäre *p*). Dagegen ist eine Erfüllung der Schuld von Seite des Kindes während der Gewalt undenkbar, weil dasselbe kein Vermögen hat, und die Hingabe dessen, was dem Gläubiger an sich schon gehört, nicht als Zahlung betrachtet werden kann *q*). Will der Vater eine solche Hingabe als Tilgung der Schuld betrachten, so erlischt dieselbe allerdings, aber nicht durch Zahlung, sondern durch den Willen des Vaters.

So lange nun der Vater nicht durch seinen Willen die obligatio getilgt hat, besteht sie, und äußert folgende rechtliche Wirkungen:

1) Wenn der Vater mit der actio de peculio belangt wird, darf er die Schuld des Kindes als Gläubiger geltend machen, indem er sie entweder geradezu vom Peculium abzieht, oder wenigstens, wenn mit dem Peculium Handel getrieben wurde, und er mit der actio tributoria belangt wird, mit den andern Gläubigern in die Reihe tritt *r*). Eben so muß umgekehrt die Schuld des Vaters zu dem Peculium hinzugerechnet werden; dies folgt theils aus dem ganz allgemeinen Ausdrucke naturalia debita spectamus in l. 11 §. 2 D. de peculio, theils aus l. 17 D. eod., wo Ulpian sagt, wenn ein servus ordinarius seinen servis vicariis etwas schulde, so werde dadurch das Peculium der vicarii vermehrt, wie auch das Peculium

---

*p*) l. 4 §. 1 D. de peculio: „ut si nuda voluntate remiserit dominus, quod debuerit, desinat servus debitor esse.“ — *q*) l. 159. l. 167 pr. D. de R. J. Büchel l. c.

*r*) l. 5. §. 4. l. 9. l. 11 §. 1—3 D. de pecul. l. 1. pr. D. de tributoria.

eines Sklaven durch die Schuld seines Herrn *s*), theils endlich aus l. 38 §. 2 D. de cond. ind., wo dieses Hinzurechnen ausdrücklich für den Fall vorgeschrieben ist, wenn der Vater nach Beendigung der väterlichen Gewalt mit der actio de peculio belangt wird, was denn um so mehr während der Gewalt gelten muß, wo das Peculium noch in vollem Umfange besteht.

Dieses Abziehen oder Einrechnen der Schuld steht aber der Zahlung gleich, und tilgt die obligatio ganz und für immer, veluti solutum videtur, facta semel deductione; daher kann auch der Vater dieselbe Forderung nicht zweimal in Abzug bringen, und nur, wenn er das Abgezogene nachher wieder zum Peculium schlug, si eandem positionem peculii reliquit, kann er es später wieder abziehen, weil die in dem ersten Abzuge liegende Solution wieder aufgehoben worden ist *t*). Hieraus könnte man sich denn mit Ramos §. 6 zu dem Schlusse verleiten lassen, das Hauskind könne seine Schuld durch Zahlung aus dem peculium profecticium immer tilgen; allein so lange das Peculium nicht durch Gläubiger mit der actio de peculio in Anspruch genommen ist, erscheint es ganz als Eigenthum des Vaters, und kann nicht zu seiner Befriedigung gebraucht, oder ohne seinen Willen gemindert werden; erst dann, wenn die Peculiargläubiger auftreten, muß der Vater das Peculium gewissermaßen als Vermögen seines Kindes gelten lassen, und darum erscheint nun die deductio für ihn als ein wirklicher Gewinn, und somit als Tilgung seiner Forderung.

2) Dritte Personen können in Beziehung auf die Schuld des Kindes bei dem Vater intercediren *u*), und dieselbe auch durch Zahlung an den Vater tilgen. Sie haben dann ihren Regreß an das Kind mit der actio mandati oder negotiorum gestorum contraria, mit der letztern natürlich

---

*s*) Zimmern l. §. 192 not. 48. *t*) l. 11 §. 3 D. de peculio.

*u*) l. 56 §. 1 D. de fidej.

nur dann, wenn eine utilitas für das Kind in der Zahlung lag, z. B. die von dem Vater beabsichtigte deductio vom Peculium dadurch verhindert wurde. Diese Regreßklagen selbst finden aber auch wieder als actio de peculio gegen den Vater statt, wobei aber natürlich der Dritte nicht nothwendig alles wieder erhält, was er gezahlt hat, sondern nur soviel, als das Peculium beträgt. Hieher gehört die l. 3 §. 7 D. de peculio, wo Ulpianus sagt:

**Cui congruit, quod idem Julianus scribit, si a filio meo fidejussorem accepero, quidquid a fidejussore accepero, id me non de in rem verso sed de peculio actione mandati praestaturum. Idemque si alius mihi pro filio meo debitore solvisset.**

Dabei erscheint aber der Ausdruck quidquid als etwas ungenau. Er könnte den Gedanken erregen, als müßte der Vater jedenfalls ohne Rücksicht auf den Betrag des Peculiums das Ganze zurückzahlen, was er erhalten hat; allein da dies allen unbezweifelten Grundsätzen über die actio de peculio widerstreitet, so muß der Ausdruck so verstanden werden, als ob es hieße si aliquid accepero, praestaturum me peculiotenus. Die Ungenauigkeit des Ausdruckes erklärt sich aber daraus, daß Ulpian, wie aus der Verbindung mit dem vorausgehenden §. 6 erhellt, nicht untersucht, wieviel der Bürge fordern kann, sondern nur mit welcher Klage er den Vater belangt; er konnte sich auch so, wie er gethan, um so mehr ausdrücken, weil ja doch in der Regel das Peculium des Kindes so viel betragen wird, als es dem Vater schuldet. Mit Recht sagt daher schon die Glosse zu dieser Stelle: **Solutio fit in solidum, avocatio quatenus peculium est.**

Dagegen kann für die Schuld des Vaters an das Kind keine Intercession stattfinden, **quia non potest pro eodem et eidem esse obligatus**, wie Paulus in **l. 56 §. 1 D. de fidej.** sagt. Die Obligation aus der Intercession, welche dem Kinde erworben werden sollte, würde nämlich, obgleich die Principalforderung als eine **naturalis**

dem Kinde selbst geblieben ist, dennoch als eine civilis nach der civilrechtlichen Regel augenblicklich dem Vater selbst erworben werden, und ist somit, da der Vater auch der Schuldner ist, unmöglich *v*). Wenn dagegen für die Schuld des Kindes an den Vater intercedirt wird, tritt eine solche confusio nicht ein, weil ja die Schuld des Kindes nicht auf den Vater übergegangen ist.

Mit diesen Sätzen scheint nun aber Julianus in l. 34 §. 8 D. de solut. in Widerspruch zu stehen, indem er sagt:

**Quidam filiumfamilias, a quo fidejussorem acceperat, heredem instituerat. Quaesitum est, si jussu patris adisset hereditatem, an pater cum fidejussore agere posset? Dixi, quotiens reus satisdandi reo accipiendi heres exsisteret, fidejussores ideo liberari, quia pro eodem apud eundem debere non possent.**

Da hier das Recht des Gläubigers auf den durch seinen Sohn die Erbschaft erwerbenden Vater übergeht, so erscheint die Bürgschaft als eine Bürgschaft für den Sohn bei dem Vater, und da sie Julian gleichwohl für erloschen erklärt, so scheint er in direktem Widerspruche mit der l. 56 §. 1 D. de fidej. auch die Intercessionen für die Schulden der Hauskinder an den Vater für ungültig zu erklären. Offenbar ungenügend ist es, wenn Cujacius zur Erklärung dieses Gesetzes *w*) bemerkt: **idem videtur pater et filius**; denn ganz abgesehen davon, daß die Personeneinheit schon oben widerlegt ist, wird dadurch der Widerspruch mit l. 56 §. 1 D. cit. nicht beseitigt, in welcher Paulus entschieden den Vater und Sohn für diese Frage nicht als idem behandelt.

Die Lösung dieses scheinbaren Widerspruchs ergiebt sich aber aus folgenden Bemerkungen. Die Berufung zu einer Erbschaft, die Antretung derselben und somit auch ihr Er-

---

*v*) Cujacius in quaest. Pauli ad h. l. T. V. p. 1088. Büchel l. c. S. 90 u. 93. *w*) in Dig. Juliani T. VI. p. 377.

werb und dessen Wirkungen werden bekanntlich als ein höchst persönliches Rechtsverhältniß betrachtet, und darum auch strenge nur auf die Person des eingesetzten Erben bezogen. Hieraus ergiebt sich, daß, wenn ein Hauskind zu einer Erbschaft gerufen wird, doch nicht der Vater, sondern nur das Kind selbst als der Erbe betrachtet wird, obgleich die Vortheile des Erwerbs der Erbschaft dem Vater gerade so zufließen, als ob er selbst Erbe wäre *x*). Dieses Princip ergiebt sich aus einer Reihe von Anwendungen, welche in den Quellen davon gemacht werden, und wovon die wichtigsten folgende sind:

a) Die Antretung muß nothwendig durch den filiusfamilias, ja sogar durch den Sklaven selbst geschehen, und erscheint bei dem letzten nicht als opera servilis *y*).

b) Bekanntlich wird die Antretung einer Erbschaft durch das Wissen oder Glauben des Erben, daß der Erblasser eine schwangere Wittwe hinterlassen habe, gehindert; dabei entscheidet aber das Wissen oder Glauben des Hauskindes, nicht des Vaters *z*).

c) Wenn der Sohn vor der Antretung, obgleich nach der Delation, oder selbst nachdem er schon vom Vater den Befehl zur Antretung erhalten, aus der Gewalt tritt, erwirbt er die Erbschaft nun für sich, gerade wie der veräußerte Sklave für seinen neuen Herrn, der manumittirte für sich selbst *a*).

d) Wer seinem Kinde einen Pupillarsubstituten mit den Worten: quisquis mihi heres erit ernennt, der hat den Vater eines eingesetzten Hauskindes als solchen nicht substituirt, sondern das Hauskind selbst, und dies erwirbt

---

*x*) §. 3 J. per quas pers. nobis adqu. l. 10 §. 1 D. de dominio. Cujacius in quaest. Papin. ad l. 11 D. de leg. I. T. IV. p. 202. Duarenus ad l. 11 cit. p. 1136—1139 u. de adqu. hered. p. 1055—57. *y*) l. 6 §. 2, 3. l. 35 §. 2. l. 36. l. 45. l. 47 D. de adqu. her. l. 4. l. 21 C. de jure delib. *z*) l. 30 §. 1, 7 D. eod. *a*) l. 62 §. 1. l. 82 D. eod.

daher für sich, wenn es zur Zeit der Erwerbung der Pupillenerbschaft sui juris ist *b*).

e) Wer conditionis implendae causa Etwas an den eingesetzten Erben geben soll, der muß es an das Hauskind, nicht an den Vater geben *c*).

f) Dem Vater kann kein Legat, sondern nur ein Fideikommiß auferlegt werden; ist es an einen extraneus hinterlassen, so schuldet es der Vater ex persona filii und kann daher die Falcidie davon abziehen; ist es an den Sohn selbst zu entrichten, so schuldet er es aus eigner Person, und darf keinen Abzug machen, weil er nicht Erbe ist *d*).

g) Wenn der Vater und sein Hauskind neben einander eingesetzt sind, so wird die Quart von beiden Portionen getrennt berechnet, und nur der Ueberschuß der zweiten in die erste eingerechnet, während, wenn Jemand auf zwei Portionen eingesetzt ist, vereinte Berechnung der Falcidischen Quart stattfindet *e*).

h) Ein Legat an den Haussohn gilt nicht als Legat an den Vater, und wird daher bei der bon. possessio contra tabulas nicht erhalten *f*).

Diesem Principe ist es denn vollkommen entsprechend, daß auch die Wirkungen des Erbschaftserwerbes, mithin auch die Confusion der Forderungen auf den Sohn bezogen, und daß diese letztere auch durch den Uebergang des Erbschaftserwerbes auf den Vater nicht abgewendet wird. Hieraus erklärt sich dann die Entscheidung Julian's in l. 34 §. 8 D. de solut. Der Sohn wird, indem er auf Befehl seines Vaters die Erbschaft seines Gläubigers antritt, sein eigener Gläubiger, also frei von der Schuld; damit erlischt nothwendig auch die Bürgschaft, und der

---

*b*) l. 3. l. 8 §. 1 D. de subst. *c*) l. 44 pr. §. 1 D. de condit.
*d*) l. 11 D. de leg. I. l. 4 D. de leg. III.
*e*) l. 21 §. 1. l. 25 D. ad leg. Falc. vgl. mit l. 1 §. 13 D. eod. s. die erste Abhandlung §. 11. *f*) l. 3 §. 2 D. de leg. praest.

Vater kann mithin nicht durch den Sohn ein Recht erwerben, was dieser selbst nicht erwarb. Ganz anders verhält es sich, wenn der Sohn Schuldner seines Vaters ist; hier kann ein Bürge gültig hinzutreten.

Soviel über die Wirkungen unserer obligatio naturalis während der väterlichen Gewalt. Nach Aufhebung derselben tritt die Obligation in die volle Wirksamkeit, welche überhaupt einer Naturalobligation zukommt; denn nun ist sie nicht mehr vom Willen des Vaters abhängig, und jetzt steht auch ihrer ordentlichen Erfüllung nichts mehr im Wege, weil das Hauskind jetzt eigenes Vermögen und zwar auch vom Vater, wie von jedem Dritten erwerben kann. Dies gilt auch dann, wenn das Kind bei dem Austritte aus der Gewalt eine capitis deminutio erleidet, weil diese von jeher die bloßen obligationes naturales so wenig vernichtete, als diejenigen, quae naturalem praestationem habere intelliguntur, so daß es hier auch keiner in integrum restitutio bedurfte *g*). Wird die Obligation nun erfüllt, so kann die condictio indebiti nicht Platz greifen *h*); sie muß nun auch zur Compensation gebraucht, es muß eine Bürgschaft oder Pfandbestellung ihr wirksam beigefügt, und eine Novation oder ein Constitutum auf sie gegründet werden können.

Dabei entsteht aber die Frage, ob in dem Falle, da das Hauskind ein peculium profecticium hatte, es für das Schicksal der obligatio naturalis nach beendigter Gewalt gleichgültig ist, ob das peculium dem Kinde geblieben ist, oder nicht? die Antwort hierauf liegt vollständig in der l. 38 D. de cond. ind., und muß, wie die Exegese dieses Gesetzes unten in §. 7 zeigen soll, mit folgender Unterscheidung gegeben werden.

---

*g*) l. 2 §. 2. l. 8 D. de cap. min. A. Faber, Rat. ad l. 38 §. 1 D. de cond. ind. Burchardi, von der Wiedereinsetzung. A. Schneider, die subsidiären Klagen, Rostock 1834. S. 281. Büchel, l. c. S. 94. — *h*) l. 38. D. de cond. ind.

Wenn der Vater dem Kinde schuldet, dauert die Naturalobligation in gleicher Weise fort, das Peculium mag demselben geblieben oder weggenommen worden seyn. Sie wird aber gleichwohl auch nachher noch insoferne als ein Theil des Peculiums betrachtet, daß sie zu diesem hinzugerechnet werden muß, wenn der Vater von den Peculiargläubigern mit der actio de peculio annalis belangt wird. Uebrigens dauert die Schuld nicht blos für den Vater selbst fort, sondern geht auch auf dessen Erben über. —

Wenn aber das Kind dem Vater schuldete, dauert die obligatio naturalis nur unter der Voraussetzung fort, daß der Vater oder dessen Erben *i*) nichts von dem Peculium erworben haben; soweit ein solcher Erwerb statt fand, wird die Schuld des Kindes getilgt. Also, wie A. Faber ganz richtig bemerkt, nicht die ademtio peculii befreit den Sohn, sondern die perceptio von Seite des Vaters; daher haftet der Sohn einem Dritten fortwährend in solidum, wenn ihm auch das Peculium nicht blieb. Hieraus erhellt, daß die natürliche Verbindlichkeit eines mit einem peculium profecticium versehenen Hauskindes gegen den Vater immer als Peculiarschuld betrachtet wird, und daher nach bekannten Rechtsgrundsätzen, deren nähere Erörterung hier zuweit führen würde *k*), auf jeden Erwerber des Peculiums übergeht, somit, wenn der Gläubiger selbst, d. i. der Vater oder dessen Erbe das Peculium erwirbt, durch Confusion erlischt, weßhalb auch der Vater, wenn er mit der actio de peculio annalis belangt wird, dann die Forderung wieder in Abzug bringen darf, und der Erbe des Vaters, wenn dem Sohne das Peculium legirt oder prälegirt wird, die Schuld von demselben ganz, oder für

---

*i*) daß die obligatio auch auf die Erben übergehe, folgt auch aus l. 9 §. 5 D. de peculio.

*k*) Die Glosse sagt: onus sequitur peculium, sicut lepra. l. 29 pr. l. 35. l. 38. §. 3 D. de peculio l. 1 pr. §. 1 — 7 D. quando de pec. ann. l. 1 §. 10 D. de dote praeleg.

seinen Erbantheil abzieht. Diese Peculiarconfusion tritt aber nicht, wie die erbrechtliche, unbedingt für die ganze Schuld, **in solidum**, sondern nur quantitativ und insoweit ein, als das aus dem **peculium** an den Gläubiger Gekommene beträgt.

## §. 6.

Bei der sich nun anreihenden Untersuchung der einzelnen Obligationsgründe, aus welchen eine **obligatio naturalis** zwischen Vater und Kind entstehen kann, wird es am besten seyn, sich genau an die Quellen zu halten, und diejenigen Gründe zu betrachten, welche sie ausdrücklich als wirksam anerkennen. Ein Grundsatz kann und muß aber vorausgeschickt werden, theils weil er mißverstanden werden könnte, theils weil sein richtiges Verständniß die Würdigung der einzelnen Fälle erleichtert. Dies ist der in der **l. 49 §. 2 D. de peculio** ausgesprochene Satz: **Ut debitor vel servus domino vel dominus servo intelligatur, ex causa civili computandum est.** Der richtige Sinn dieses Gesetzes ist schon oben in §. 4 angegeben worden, und geht aus dem zur Erläuterung hinzugefügten Beispiele ganz deutlich hervor. Wenn, setzt P o m p o n i u s hinzu, der Herr in seine Rechnungen einträgt, er schulde dem Sklaven, aber weder ein Darlehen, noch ein anderer Obligationsgrund vorausgegangen ist, so besteht keine Obligation; die Rechnung allein macht nicht zum Schuldner. Es muß also nicht blos ein Obligationsgrund vorhanden, sondern er muß auch objektiv ganz vollendet seyn, so daß, abgesehen von dem persönlichen Hindernisse der väterlichen Gewalt eine vollgiltige **obligatio civilis** daraus entstehen würde.

Dadurch könnte man sich nun versucht fühlen, zu behaupten, daß in denjenigen Fällen, da das Civilrecht einen Obligationsgrund nicht anerkennt, sondern nur das Edikt des Prätor nach Grundsätzen des **jus gentium**, so daß auch zwischen ganz von einander unabhängigen Perso-

nen nur eine **obligatio naturalis** entsteht, sey es nun eine klagbare, **honoraria**, oder eine klaglose **naturalis** im engern Sinne *l*), zwischen Vater und Kind gar keine Obligation entspringe. Allein diese Folgerung wäre ganz irrig. Denn ganz unbegreiflich würde es seyn, wenn in einem Kreise, in welchem überhaupt nur nach den Grundsätzen des **jus gentium** Obligationen bestehen können, gerade die dem **jus gentium** eigenthümlichen Obligationsgründe ihrer Wirksamkeit beraubt seyn sollten. Man muß daher, wenn man nicht die Worte **ex causa civili** in der allgemeinen Bedeutung nehmen will, wornach sie das ganze im Staate geltende Recht, also auch das **jus honorarium** mitumfaßen, die Stelle so verstehen, daß der Jurist dabei an die doch seltner vorkommenden Obligationsgründe des **jus gentium** nicht gedacht hat, sie daher auch nicht ausschließt, und dann können wir den von ihm ausgesprochenen Grundsatz analog auch auf diese Gründe anwenden. Die Stelle enthält somit den allgemeinen Grundsatz: Damit zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen eine Obligation entstehe, die übrigens jedenfalls nur eine **naturalis** ist, wird eine objektiv ganz vollendete **causa obligationis** gefordert, sie mag nun dem Civilrechte oder dem **jus gentium** entnommen seyn, und somit unter Personen, die von einander ganz unabhängig sind, eine **obligatio civilis** oder **naturalis** erzeugen.

Die Betrachtung der einzelnen Obligationsgründe soll nun nach der Scheidung von Verträgen und Delikten erfolgen. Die in den Quellen als zwischen Vater und Kind wirksam erwähnten Verträge oder vertragsähnlichen Verhältnisse sind aber das Darlehen, die Schenkung, **jussus** und **negotiorum gestio**, Stipulation und Vermächtniß. Sie sind jetzt einzeln zu untersuchen. —

---

*l*) l. 10 D. de obl. et act. l. 5 pr. D. de pignor. l. 16. §. 3, 4 D. de fidejuss. —

§. 7.

Das Darlehen wird als Obligationsgrund zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen nicht blos in l. 49 §. 2 D. de peculio genannt, sondern ganz ausführlich behandelt in l. 38 pr. §. 1, 2 D. de cond. indeb., welche als die Cardinalstelle unserer ganzen Lehre nun eine genaue Erklärung fordert, damit durch diese alle einzelnen Sätze, für welche in der bisherigen Darstellung dieses Gesetz als Beleg angeführt worden ist, ihre genauere Begründung erhalten.

Das Gesetz, dessen Text keine bedeutenden Varianten hat, und keiner kritischen Berichtigung bedarf, behandelt alle drei hier denkbaren Fälle, ein Darlehen eines Bruders an den Bruder, des Vaters an den Sohn, und des Sohnes an den Vater. Der erste Fall ist in dem Principium der Stelle enthalten, welches also lautet:

Africanus lib. 9 quaestionum.

Frater a fratre, cum in ejusdem potestate essent, pecuniam mutuatus post mortem patris ei solvit. Quaesitum est, an repetere possit? Respondit, utique quidem pro ea parte, qua ipse patri heres extitisset, repetiturum: pro ea vero, qua frater heres extiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset; naturalem enim obligationem, quae fuisset, hoc ipso sublatam videri, quod peculii partem frater sit consecutus, adeo ut, si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret. Idque maxime consequens esse ei sententiae, quam Julianus probaret: si extraneo quid debuisset, et ab eo post mortem patris exactum esset, tantum judicio eum familiae erciscundae recuperaturum a coheredibus fuisse, quantum ab his creditor actione de peculio consequi potuisset; igitur et si re integra familiae erciscundae agatur, ita peculium dividi aequum esse, ut ad quantitatem ejus indemnis a co-

herede praestetur. Porro eum, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem esse praestandum.

Der Fall des Gesetzes ist also folgender. Zwei Brüder, welche wir Gajus und Titius nennen wollen, stehen in derselben väterlichen Gewalt; Gajus leiht dem Titius eine Summe Geldes, etwa 100; nach dem Tode des Vaters zahlt Titius die Summe an Gajus zurück, und nun entsteht die Frage, ob er das Gezahlte als eine Nichtschuld zurückfordern könne? Zur Ergänzung des Falles ist aber noch zweierlei zu bemerken. Einmal: die beiden Brüder haben den Vater zu gleichen Theilen beerbt; dies folgt schon aus ihrer Eigenschaft als sui, wird auch von Africanus in seiner Entscheidung erwähnt, und darum von allen Exegeten angenommen. Sodann: jeder der Brüder hatte ein peculium profectitium. Daß der Empfänger des Darlehens ein solches hatte, ist in dem Gesetze selbst ausdrücklich gesagt, und darum unbestritten. Daß das Darlehen auch aus einem solchen Peculium gegeben worden sey, sagt dagegen Africanus nicht, und deßhalb läugnen es auch manche *m*); allein mit Recht nehmen es die Meisten an *n*); denn woraus könnte sonst wirksam ein Darlehen gegeben worden seyn, als aus einem peculium profectitium? Zwar meint Ramos mit Berufung auf l. 9 §. 1 D. de S. C. Maced., der Sohn habe das Geld, welches er seinem Bruder geliehen, von einem Dritten zum Geschenke erhalten; allein gerade in dieser Stelle sagt Ulpian, daß ein so geschenktes Geld Eigenthum des Vaters ist, und von dem Sohne nicht veräußert, daher von dem Vater vindicirt jedenfalls aber condicirt werden kann; soll mithin das Darlehen aus solchem Gelde wirksam seyn, wie

---

*m*) Lescurius p. 535. Ramos §. 3.

*n*) Uebergangen wird die Frage von Mercerius, Freherus, Charondas; aus irrigen Gründen richtig entschieden von Hotomannus in Appendice ad Lescur. p. 546.

es doch von Africanus unstreitig angenommen wird, so muß der Sohn das Geschenk mit dem Willen des Vaters, also als Peculium, in Händen behalten haben. Der Grund, um dessen willen das Peculium des Darleihers geleugnet wird, ist überdies ganz irrig. Es wird nämlich behauptet, wenn beide Brüder Peculien gehabt hätten, so hätte die Rückforderung des zurückgezahlten Darlehens, welche Africanus zuläßt, jedenfalls nicht statt finden können, weil dann ja auch der Schuldner die Hälfte aus dem Peculium des Gläubigers erhalten haben würde, wodurch er für die Zahlung der Nichtschuld entschädigt sey. Um diesen Einwand zu widerlegen, braucht man nicht zu fingiren, das Peculium des Darleihers sey ihm prälegirt worden, wovon das Gesetz nicht das mindeste enthält; er widerlegt sich vielmehr, wie schon Davybargenteus pag. 603 bemerkt hat, ganz einfach dadurch, daß die Peculiarschuld dem Peculium folgt ohne Rücksicht darauf, ob der bisherige Inhaber des Peculiums von einem andern Peculium etwas erhielt, oder nicht.

Nach dieser Feststellung des Rechtsfalles wenden wir uns zur Entscheidung, welche Africanus mit Unterscheidung zweier Theile der Schuld giebt. Er sagt nämlich zunächst, utique pro ea parte, qua ipse patri heres exstitisset, repetiturum, d. h. der Bruder, welcher das Darlehen empfangen und jetzt zurückgezahlt habe, könne jedenfalls einen so großen Quotentheil desselben als Nichtschuld zurückfordern, als derjenige Theil sey, auf welchen er selbst Erbe des Vaters geworden sey, also in unserm Falle die Hälfte oder 50. Der Grund dieser Entscheidung ist so einleuchtend, daß ihn der Jurist ganz übergeht. Die obligatio naturalis, welche Gajus aus dem Darlehen gegen Titius erwarb, wurde durch ihn sogleich dem Vater erworben; sie war also bei des Vaters Tode in dessen Vermögen, und gieng mit demselben auf die Erben über, mithin zur Hälfte auf Gajus, zur andern Hälfte auf Titius. Dieser wurde demnach durch die Erbfolge zur

Hälfte sein eigner Gläubiger, und soweit erlosch daher die **obligatio naturalis** durch die in der Erbschaftserwerbung liegende Confusion. Diese Hälfte war daher eine Nichtschuld von dem Augenblick an, da der Vater gestorben, und Titius als suus heres eingetreten war, und sie kann, wenn sie, was Africanus als sich von selbst verstehend voraussetzt, irrthümlich bezahlt war, zurückgefordert werden. Unser Gesetz dürfte daher zugleich ein Argument für die Ansicht derjenigen bilden, welche die **condictio indebiti** auch im Falle eines entschuldbaren Rechtsirrthumes gestatten; denn der Irrthum des Titius im vorliegenden Falle kann doch wohl nur darin bestanden haben, daß er die theilweise **confusio** übersah, indem die Thatsache der Beerbung des Vaters durch die beiden Söhne nicht ignorirt werden konnte *o*). Die Behauptung von Wissenbach **thes. 21.**, daß Titius mit der **condictio sine causa** klagen müsse, widerlegt sich nicht blos durch die Stellung unsers Gesetzes in den Titel **de condictione indebiti**, sondern auch dadurch, daß die **condictio sine causa** zwar die speziellen Condiktionen ergänzt, aber in solchen Fällen, welche in den Bereich einer speziellen Condiktion gehören, jedoch nicht alle für diese nöthigen Voraussetzungen in sich vereinigen, nicht gestattet werden darf, wenn nicht die ganze Theorie der speziellen Condiktionen dadurch werthlos werden soll. Für die Rückforderung einer Nichtschuld ist die **condictio indebiti** bestimmt, setzt aber einen in bestimmter Weise qualifizirten Irrthum voraus; fehlt nun im einzelnen Falle etwas an dieser Qualifikation, so kann auch, wenn die Gesetze nicht ausdrücklich eine Ausnahme machen, wie bei Spielschulden, ungesetzlichen Zinsen, die **condictio sine causa** nicht gestattet werden *p*). Eben so kann ein schändlicher Erwerb, wenn sich dabei der Geber ebenfalls **in turpitudine** befindet, weder mit der **condictio ob tur-**

---

*o*) Lescurius p. 543. Mercerius p. 573. Wening, III. §. 237. not. 9.

*p*) Thibaut, Versuche B. 2 Abh. 5 n. 1. u. System §. 645 not. d.

pem causam noch sine causa zurückgefordert werden *q*). In allen den Fällen, welche in das Gebiet einer speziellen Condiktio gehören, kann daher die condictio sine causa nur mit jener concurriren, und es sind entweder beide, oder es ist keine begründet *r*).

Dieser erste Theil der Entscheidung African's ist übrigens von **Hotomannus** als unrichtig angegriffen worden. Weil nämlich nach seiner Ansicht obligationes naturales durch die Kinder dem Vater nicht erworben werden sollen, leugnet er auch die Möglichkeit der theilweisen Confusion in unserm Falle, und will deßhalb vor repetiturum ein non einschieben. Diese nach den frühern Ausführungen ganz grundlose Willkühr hat aber allgemeinen, und zum Theile nicht höflichen Widerspruch erfahren. A. Faber in den **Ration. ad h. l.** nennt diese Behauptung ein plane insulsum et ineptum, Cujacius aber eine stultitia, ihren Urheber scutica dignum, und ihre ratio non digna relatu.

Der zweite Theil der Entscheidung des Juristen lautet so: pro ea vero, qua frater heres exstiterit, ita repetiturum, si non minus ex peculio suo ad fratrem pervenisset, d. h. im Verhältnisse der Erbportion des Bruders, also die andere Hälfte der Schuld könne Titius dann zurückfordern, wenn nicht weniger aus seinem Peculium an Gajus gekommen sey. Als Grund für diese Entscheidung wird dann zunächst angegeben, die Naturalobligation, welche bei Lebzeiten des Vaters bestanden habe, und sich, wie vorhin erwähnt wurde, zur Hälfte auf Gajus vererbt hatte, sey dadurch aufgehoben worden, daß Gajus einen Theil des Peculiums des Titius erhalten habe. Africanus gründet also hier die Rückforderung auf eine zweite Confusion, welche nicht durch den Erb-

---

*q*) l. 5 pr. D. sine causa.

*r*) l. 1 pr. l. 3 D. eod. l. 13 D. de cond. c. d. c. n. s.

Erbschaftserwerb als solchen, sondern nur durch den damit verbundenen Uebergang des Peculiums herbeigeführt wurde, indem nach den schon in §. 5 angeführten Grundsätzen die Peculiarschuld mit dem Peculium auf jeden Erwerber übergeht. Das Peculium des Titius wurde im Augenblicke, da der Vater starb, ein Theil der **hereditas** desselben, die aber auch **peculio tenus** für die Peculiarschuld haftete. Diese Haftung gieng mit dem ehemaligen Peculium auf die Erben über, und zwar auf jeden soweit, als sein Antheil am Peculium betrug. Gajus wurde mithin durch den Erbschaftserwerb zwar Gläubiger auf 50 aus jenem Darlehen, aber zugleich durch den Peculiumserwerb Schuldner für soviel, als er aus dem Peculium erhielt; soweit erlosch seine Forderung durch Confusion, und wenn dann Titius irrthümlich dennoch zahlt, steht ihm die **condictio indebiti** zu. Dabei entsteht nun aber die Frage, ob der Ausdruck **si non minus** auf die Quantität oder auf den Quotenantheil zu beziehen sey, welche Gajus aus dem Peculium erhielt. Das letztere behaupten Manche *r*), aber offenbar irrig. Denn nach klaren Gesetzen geht die Peculiarschuld auf den Erwerber des Peculiums nur **peculiotenus**, d. h. soweit über, als sein Erwerb quantitativ reicht; daher kann auch, wenn das Peculium an Mehrere kommt, oder der Sklave mehrere Herrn hat, und der Antheil eines Jeden quantitativ der Peculiarschuld gleich kommt, der Gläubiger gegen jeden **in solidum** klagen, und eine Ratentheilung der Peculiarschuld findet nur unter den mehrern Theilhabern des Peculiums selbst insoferne statt, daß derjenige von ihnen, welcher das Ganze gezahlt hat, gegen die übrigen eine Regreßklage hat *s*). Ueberdies gebraucht Africanus im Verlaufe der Stelle selbst den Ausdruck

*r*) Duarenus p. 80. Lescurius p. 543.

*s*) l. 27 §. 8. l. 29. l. 32 §. 2. l. 33. l. 38 §. 3 D. de peculio. Cabotius c. 24. Pacius p. 563. Ramos §. 25. Corasius ad princ. §. 23—25. Cujacius h. l.

ad quantitatem peculii, der jeden Zweifel beseitigt, und damit stimmen auch die Basilica, lib. 24 tit. 6 c. 38 überein, welche diesen Satz so wiedergeben: *τοσοῦτον ἀναλαμβάνω, ὅσον*. Hätte demnach die Hälfte des Peculiums, welche Gajus erhielt, nur 40 betragen, so könnte Titius auch nur 40 von ihm zurückfordern, und die Rückforderung dieser zweiten Hälfte der Schuld müßte ganz wegfallen, wenn Gajus nichts aus dem Peculium des Titius erhalten hätte. Zu diesem Falle geht Africanus über, indem er fortfährt, adeo ut si praelegatum filio eidemque debitori id fuisset, deductio hujus debiti a fratre ex eo fieret. Daß in diesen Worten, man mag das id beibehalten oder streichen, nicht von einem Prälegate der Darlehensschuld die Rede ist, wie Voet h. t. §. 20 glaubt, sondern von einem Prälegate des Peculium, ist aus dem ganzen Zusammenhange klar, indem unmittelbar vorher von dem Peculium gesprochen wurde, und die Schuld ja von dem legirten Gegenstande abgezogen werden soll, also ihm gegenüber steht; auch heißt es in den Basiliken deutlich: *ἐαν ληγατευθῇ μοι τὸ πεκούλιόν μου*. Der Jurist sagt demnach, wenn das Peculium dem Sohne, welcher das Darlehen empfangen hatte, also dem Titius, prälegirt worden wäre, so würde Gajus die Hälfte der Darlehensforderung, welche er geerbt, von der Hälfte des Peculiums, welche er zufolge des Prälegates an Titius herausgeben muß, abziehen dürfen. Zum vollen Verständnisse dieser Worte muß man sich erinnern, daß die römischen Juristen darüber stritten, ob, wenn ein Peculium legirt wird, die Peculiarschuld auf den Legatar mit übergehe, oder bei dem Erben bleibe*t*), daß jedoch auch die Vertheidiger der letzten Meinung dem Erben jedenfalls erlaubten, dasjenige von dem legirten Peculium abzuziehen, was dem

*t*) l. 18. l. 54. l. 58 D. de pecul. l. 1 §. 7 D. quando de pecul. act. ann. vgl. mit l. 35 D. de pec. l. 1 §. 10 D. de dote praeleg. und l. 2 C. an servus pro suo facto.

Vater oder dem Erben selbst geschuldet wurde *u*). Damit stimmt diese Entscheidung African's überein, und es läßt sich daher aus ihr nicht mit Bestimmtheit erkennen, welche Ansicht er über jene Streitfrage hatte. Aus dem Worte **adeo** *v*), welches die Gedankenverbindung enthält, scheint aber zu folgen, Africanus habe den Uebergang der Peculiarschuld auf den Legatar angenommen; das **adeo** soll nämlich eine weitere Erklärung des Vorhergehenden und eine Folgerung daraus enthalten; in dem unmittelbar vorausgehenden Satze liegt aber der Gedanke, daß die Peculiarschuld dem Peculium folge, also muß er auch in diesem Satze liegen. Der Gedankengang des Juristen ist also dieser. Die **obligatio naturalis** ist dadurch erloschen, daß der Bruder Gajus einen Theil des Peculiums des Titius erhalten hat, welchem die Peculiarschuld so sehr folgt, daß im Falle des an Titius prälegirten Peculiums Gajus seine Forderung behielte und abziehen dürfte.

Diese Periode des Gesetzes enthält übrigens auch noch einen formellen Beweisgrund dafür, daß der Vater auch **obligationes naturales** durch seine Kinder erwirbt, weil hier der Sohn, welcher von seinem Bruder das Darlehen erhalten hat, **filius idemque debitor**, also Schuldner des Vaters genannt wird.

Zur Bekräftigung seiner Entscheidung führt hierauf Africanus eine ähnliche von Julianus an in der Periode von **idque** bis **praestetur**. Zum Verständnisse dieses Theils unsers Gesetzes dienen folgende Sätze. Der Sohn, welcher eine Peculiarschuld contrahirt, haftet dem Gläubiger nicht blos **peculiotenus**, sondern **in solidum** *w*); wird er dann nur zum Theile Erbe seines Vaters, und geht das Peculium **pro rata** auf seine Miterben über, so haben die Peculiargläubiger nun die Wahl, ob

---

*u*) **l. 6 §. 4, 5 l. 8 pr. D. de pecul. leg.**

*v*) Die Basiliken beginnen hier einen neuen Satz mit ἀμέλει.

*w*) **l. 30 §. 3. l. 44. l. 45 D. de peculio.**

sie gegen den Sohn **in solidum**, oder gegen die sämmtlichen Erben **peculiotenus** klagen wollen. Wählen sie das erste als das Vortheilhaftere, so wäre es offenbar unbillig, wenn der Sohn, obgleich er nicht das ganze Peculium erhalten hat, doch die ganze Schuld allein tragen müßte, und er kann daher entweder die Gläubiger durch die **exceptio doli mali** zur Cession ihrer **actio de peculio** gegen seine Miterben zwingen, oder er kann auch, nachdem er die ganze Schuld gezahlt hat, mit der **actio familiae erciscundae** von den Miterben theilweisen Ersatz verlangen, insoweit ihr Peculiumsantheil reicht *x*). Eben deßhalb kann er auch selbst noch ehe er von den Peculiargläubigern belangt ist, bei der Theilung der Erbschaft soviel von dem Peculium für sich vorausbehalten, als jene Schuld beträgt *y*), in welchem Falle er aber wohl die Miterben durch Caution darüber sicher stellen muß, daß er sie gegen die Peculiargläubiger vertheidigen werde *z*). Genau dieselben Sätze enthält nun die durch Africanus angezogene Entscheidung Julian's. Es sind nämlich die Worte **si extraneo quid debuisset** auf den Bruder zu beziehen, welcher das Darlehen empfangen hat, den Titius, und es wird dann entschieden, wenn er nicht seinem Vater, sondern einem Dritten geschuldet hätte, so würde sein Bruder Gajus als Miterbe die Schuld auch theilweise haben tragen müssen, indem er den Gläubigern soweit gehaftet haben würde, als er von dem Peculium des Titius etwas erhalten hätte. Von den Rechtsmitteln, welche dem Titius zu diesem Zwecke zustehen würden, erwähnt aber Julianus nur zwei. Er unterscheidet nämlich die zwei Hauptfälle; entweder hat Titius den Peculiargläubiger nach seines Vaters Tode schon bezahlt, oder noch nicht. Im ersten Falle kann er mit der **actio familiae erciscun-**

---

*x*) **l. 30 §. 3 D. de peculio. l. 18 §. 5 D. fam. erc. l. 13 C. eod.**

*y*) **l. 20 §. 1 D. fam. erc.** *z*) **arg. l. 107 D. de leg. I.**

dae gegen seine Miterben auf soviel klagen, als der Gläubiger von diesen mit der actio de peculio hätte erlangen können, also auf soviel, als sie aus dem Peculium erhalten haben; die Möglichkeit der Klagencession übergeht der Jurist hier als für seinen Zweck gleichgültig. Im zweiten Falle, si re integra familiae erciscundae agatur, d. h. wenn es, bevor Titius die Peculiarschuld bezahlt hat, zur Erbtheilung kommt, muß das Peculium so getheilt werden, daß Titius von seinen Miterben bis auf den Betrag des Peculiums schadlos gehalten wird; wie diese Schadloshaltung geschehen solle, giebt der Jurist hier nicht an, aber aus dem ita dividi peculium geht hervor, daß er, wie Ulpianus in l. 20 §. 1 D. fam. erc. dem Titius um soviel mehr aus dem Peculium zutheilen lassen will, als der Miterbe aus dem Peculium zur Schuld beitragen müßte; übrigens ließe sich die Schadloshaltung auch bei gleicher Theilung des Peculiums durch Cautionsleistung des Miterben an Titius für theilweisen Ersatz bewirken.

Durch diese Relation der Julianischen Entscheidung will Africanus nur den in seiner eigenen enthaltenen Gedanken bestätigen, daß die Peculiarschuld dem Peculium folgt, daß also der Sohn, welcher das Peculium mit seinen Miterben theilen muß, auch die Peculiarschuld nicht allein zu tragen braucht, gleichviel die Miterben und die Peculiargläubiger mögen seine Brüder oder Dritte seyn. Die Worte idque consequens esse beziehen sich also nicht blos auf den unmittelbar vorhergehenden Satz über die deductio von dem prälegirten Peculium, sondern vielmehr auf die ganze vorausgegangene Entscheidung über die zweite Hälfte der Peculiarschuld. Dies erhellt klar aus der Art, wie Africanus seine Relation der Entscheidung des Julianus benützt. Porro eum, so schließt er, quem adversus extraneum defendi oportet, longe magis in eo, quod fratri debuisset, indemnem praestandum, d. h. also muß doch gewiß, wer gegen einen dritten

Peculiargläubiger von dem miterbenden Bruder eine Hülfe, d. i. eine theilweise Tragung der Schuld verlangen kann, um so mehr schadlos gehalten werden bei der Schuld, welche er gegen den Bruder selbst hat a). Die Worte **quod fratri debuisset** können übrigens nicht als Argument dafür benützt werden, daß die **obligatio naturalis** aus dem Darlehen an den Bruder dem Vater nicht erworben worden sey; denn in dem Zeitpunkte, auf welchen sich die letzte Argumentation des Africanus bezieht, d. i. zur Zeit der Erbtheilung war bereits der Bruder durch Beerbung des Vaters Gläubiger des Bruders geworden.

Der zweite Hauptfall unsers Gesetzes, das Darlehen des Vaters an den Sohn ist in dem §. 1 der Stelle enthalten, welcher folgendermaßen lautet:

**Quaesitum est, si pater filio crediderit, isque emancipatus solvat, an repetere possit? Respondit, si nihil ex peculio apud patrem remanserit, non repetiturum: nam manere naturalem obligationem, argumento esse, quod extraneo agente intra annum de peculio deduceret pater, quod sibi filius debuisset.**

Der emancipirte Sohn hat das von dem Vater während der Gewalt empfangene Darlehen zurückgezahlt, und kann es nicht zurückfordern, wenn der Vater nichts von dem Peculium dieses Sohnes bei der Emancipation zurückbehalten hat. Der Grund hievon ist kein anderer, als die **obligatio naturalis**, welche aus dem Darlehen entsprun-

---

a) Der mit porro beginnende Satz ist offenbar nicht mehr von Julianus, welcher gar nicht von einer Schuld unter Brüdern sprach, sondern von Africanus. Daher darf auch die Stelle nicht so interpungirt werden, wie in den meisten Ausgaben, sondern mit porro beginnt ein ganz neuer Satz, und dieses ist mit großem Anfangsbuchstaben zu schreiben, gerade wie vorher das idque, mit dem die Relation aus Julian beginnt, während das igitur nur den vorigen Satz fortsetzt.

gen war, und bis zur Zahlung bestanden hatte. Die Fortdauer dieser obligatio wird noch durch eine andere anerkannte Wirkung derselben bewiesen, auf welche sich Afrikanus zur Unterstützung beruft, nämlich dadurch, daß der Vater, wenn er innerhalb des ersten Jahres nach der Emancipation mit der actio de peculio annalis von einem dritten Gläubiger belangt wird, die Schuld des Sohnes in Abzug bringen darf, welcher Satz sich allerdings mit Nothwendigkeit daraus ergiebt, daß die actio de peculio annalis abgesehen von ihrer Dauer der gewöhnlichen actio de peculio ganz gleichsteht *b*). In dieser Entscheidung African's liegt durch das argumentum a contrario, daß, wenn das Peculium des Sohnes bei dessen Emancipation von dem Vater zurückbehalten wird, und der Sohn sein Darlehen nachher zurückzahlt, soweit als das Peculium reicht, eine Nichtschuld gezahlt ist, und von ihm zurückgefordert werden kann, indem die Forderung des Vaters insoweit durch die in dem Erwerbe des Peculiums liegende Confusion erloschen ist, was den früher entwickelten Sätzen genau entspricht. Aber selbst in diesem Falle darf der Vater, wenn er nachher von einem dritten Gläubiger mit der actio de peculio annalis belangt wird, gerade wie er es während der Gewalt gedurft hätte, und wie es nach dem Principium unsers Gesetzes der Bruder darf, der das Peculium miterbte, dasjenige abziehen, was ihm der frühere Inhaber des Peculiums schuldete; denn das Peculium ist durch die Confusion, welche die Naturalobligation für den Schuldner tilgte, einem Dritten gegenüber zugleich um den Betrag der Schuld kleiner geworden, quia praevenisse pater et cum filio egisse videtur *c*).

Der dritte Hauptfall endlich, das Darlehen des Sohnes an den Vater, wird in §. 2 unseres Gesetzes also behandelt:

**Contra si pater quod filio debuisset, eidem**

---

*b*) l. 2 pr. D. quando de pecul. act. ann.

*c*) l. 9 §. 2 D. de peculio.

emancipato solverit, non repetet: nam hic quoque manere obligationem naturalem, eodem argumento probatur, quod si extraneus intra annum de peculio agat, etiam quod pater ei debuisset, computetur. Eademque erunt etsi extraneus heres exheredato filio solverit id, quod ei pater debuisset.

Hier könnte zunächst bezweifelt werden, ob von einem Darlehen die Rede sey; allein der Zusammenhang mit dem vorigen Paragraphen durch das contra entscheidet dafür. Ebenso ist es klar, daß ein Darlehen des Sohnes an den Vater, gerade wie das des Bruders an den Bruder nur aus einem Peculium gegeben seyn kann. Hat nun der Vater ein solches Darlehen an den emancipirten Sohn zurückbezahlt, so kann er es nicht zurückfordern, und zwar wieder deßhalb, weil auch hier die während der Gewalt entstandene obligatio naturalis nach der Lösung der Gewalt fortdauert, woraus denn klar hervorgeht, daß der Vater solche obligationes naturales, bei welchen er selbst als der Schuldner erscheint, durch seine Kinder nicht erwirbt. Dabei macht übrigens der Jurist nicht die Bedingung, welche er in §. 1 ausgesprochen hat, daß dem Vater nichts von dem Peculium geblieben sey, und verwirft somit die Rückforderung ganz allgemein auch für den Fall, daß das Peculium von dem emancipirenden Vater zurückbehalten worden ist. Hierin liegt der durch das Wort contra angedeutete Unterschied der beiden in §. 1 u. 2 des Gesetzes behandelten Fälle, und er wird durch die Schlußworte African's noch ausdrücklich bestätigt. Die Rückforderung soll nämlich auch dann nicht stattfinden, wenn der Vater den Sohn exheredirt, und der Erbe dann die Schuld an den Sohn bezahlt hat; da bekanntlich bei dem Tode des Vaters das Peculium in die väterliche Erbmasse fällt, so hat der exheredirte Sohn entschieden nichts von dem Peculium erhalten, und gleichwohl besteht die Forderung desselben fort. Hieraus ergiebt sich mit Bestimmtheit die Folgerung, daß eine solche gegen den Vater erworbene Forderung

als an die **Person** des Sohnes, nicht an das Peculium geknüpft betrachtet werden muß *d*), was auch vollkommen damit zusammenstimmt, daß solche Forderungen dem Vater nicht erworben werden. Die Fortdauer der Forderung des Sohnes nach Lösung der Gewalt beweist **Africanus** auf dieselbe Weise, wie in dem Falle des ersten Paragraphen, indem er anführt, daß der Vater, wenn er innerhalb eines Jahres nach der Emancipation von einem Peculiargläubiger mit der actio de peculio annalis belangt wird, den Betrag seiner Schuld zum Peculium hinzurechnen muß, gerade wie er dies auch während der Gewalt hätte thun müssen. Dieser Satz scheint nun aber, obgleich er allerdings die Fortdauer der Forderung beweist, doch dafür zu sprechen, daß dieselbe nicht an die Person des Sohnes, sondern eigentlich an das Peculium geknüpft ist; allein dieser scheinbare Widerspruch verschwindet, wenn man bedenkt, daß der Sohn wegen der Peculiarschulden fortwährend in solidum haftet, daß mithin jenes Hinzurechnen seiner eignen Forderung an den Vater zum Peculium doch auch ihm nützt, und gewissermaßen eine Zahlung an ihn enthält, weil es seine Gläubiger befriedigt.

Das Resultat der Erklärung unsers Gesetzes mag nun zum Schlusse in einer genauen Uebersetzung zusammengefaßt werden:

Ein Bruder, welcher von seinem Bruder, da sie noch in desselben (Vaters) Gewalt waren, Geld geborgt hatte, zahlte es nach dem Tode des Vaters an jenen zurück. Es ist die Frage aufgeworfen worden, ob er zurückfordern könne? Der (Jurist) hat geantwortet: jedenfalls könne er für den Theil zurückfordern, zu welchem er selbst des Vaters Erbe geworden sey; für den Theil aber, zu welchem sein Bruder Erbe geworden sey, könne er nur unter der Voraussetzung zurückfordern, wenn nicht weniger *e*) aus

---

*d*) Suerin l. c. p. 26.

*e*) In der deutschen Uebersetzung des Corpus juris wird das non

seinem Sondergute an den Bruder gekommen sey; denn die natürliche Verbindlichkeit, welche bestanden habe, erscheine gerade dadurch als aufgehoben, daß der Bruder einen Theil des Sondergutes erhalten habe, so zwar, daß, wenn es dem Sohne, welcher der Schuldner war, zum Voraus vermacht worden wäre, ein Abzug dieser Schuld aus demselben von dem Bruder gemacht würde. Und dies entspreche vollkommen jener Ansicht, welche Julianus billigte, daß, wenn er einem Dritten etwas geschuldet hätte, und (dies) von ihm nach dem Tode des Vaters eingetrieben worden wäre, er eben so viel durch die Erbtheilungsklage von seinen Miterben wieder erlangt haben würde, als von diesen der Gläubiger mit der Klage wegen des Sondergutes hätte erhalten können; daher sey es auch, wenn vor erfolgter Zahlung auf Erbtheilung geklagt werde, gerecht, daß das Sondergut so getheilt werde, daß er auf den Betrag desselben von dem Miterben schadlos gehalten werde. Nun sey aber, wer gegen einen Dritten geschützt werden müsse, noch vielmehr bei dem, was er seinem Bruder schuldete, schadlos zu halten.

§. 1. Es ist gefragt worden, wenn der Vater dem Sohne ein Darlehen gegeben habe, und dieser, nachdem er aus der Gewalt entlassen worden, zahlt, ob er zurückfordern könne? Der (Jurist) hat geantwortet, wenn nichts von dem Sondergute beim Vater zurückgeblieben sey, könne er nicht zurückfordern; denn daß die natürliche Verbindlichkeit fortdauere, erhelle daraus, daß, wenn ein Dritter innerhalb Jahresfrist wegen des Sondergutes klage, der Vater abziehen würde, was ihm sein Sohn schuldig war.

---

minus übersetzt mit „Etwas". Allein dadurch geht der Gedanke verloren, daß die Rückforderung nur auf den Betrag des Peculerwerbes stattfindet. Gougis du Favril in seiner französischen Uebersetzung der Pandekten, Paris 1803 ff., welche übrigens ziemlich frei ist, sagt ganz richtig: si le frère a touché au moins cette moitié de sa créance dans le pecule du frère débiteur.

§. 2. Umgekehrt, wenn der Vater, was er seinem Sohne schuldete, diesem, nachdem er ihn aus der Gewalt entlassen, zahlte, kann er nicht zurückfordern; denn daß auch hier die natürliche Verbindlichkeit fortdauert, wird auch dadurch bewiesen, daß, wenn ein Dritter innerhalb Jahresfrist wegen des Sondergutes klagt, auch das, was der Vater ihm (dem Sohne) geschuldet, hinzugerechnet wird. Eben so verhält es sich auch dann, wenn ein fremder Erbe an den enterbten Sohn dasjenige bezahlt hat, was diesem der Vater schuldete.

## §. 8.

Die Schenkung zwischen Vater und Kind wird in unsern Quellen sehr oft erwähnt; die Bestimmungen darüber scheinen sich aber so vielfach zu widersprechen, daß auch unter unsern Juristen sehr verschiedene Ansichten herrschen, und diese Lehre zu den bestrittensten und schwierigsten gerechnet werden darf *f*). Nur durch eine streng geschichtliche Entwicklung ist hier Klarheit zu gewinnen.

Nach den in dieser Abhandlung entwickelten Grundsätzen ist es durchaus nothwendig, daß das ältere römische Recht gerade wie andere Verträge so auch die Schenkungen zwischen Vater und Kind für nichtig und wirkungslos erklärt habe. Diesen Satz finden wir auch in den Quellen mehrmals, sowohl von Juristen, als in kaiserlichen Rescripten ausgesprochen, und daraus gefolgert, daß das Kind eine Sache, die es von dem Vater geschenkt erhalten habe, nicht usucapiren könne, und daß der Vater die Schenkung beliebig in jedem Augenblicke revociren dürfe *g*). Als Grund

---

*f*) Retes de donation, cap. 10. in thes. Meerm. T. VI. p. 596—599. Gail, obs. pract. II, 38. Fachinaeus, controv. V, 80, III, 74—78. Merenda controv. I, c. 20—24. Donellus, comment. j. c. lib. IX c. 5 §. 16—22.

*g*) Fragm. Vat. §. 294—296. l. 1 §. 1 D. pro donato. l. 11, l. 17 C. de donat.

dieser Nichtigkeit geben die Kaiser in l. 17 C. de donat. ausdrücklich den Satz an, daß Hauskinder nichts für sich erwerben können, und es ist daher ganz unrichtig, daß einige ältere spanische Rechtslehrer jenen Grund nach Analogie der Schenkungen unter Ehegatten in der Befürchtung gesucht haben, daß die väterliche Liebe unmäßige und nachtheilige Schenkungen erzeugen werde *h*). Wenn demnach der Grund der Ungültigkeit der Schenkungen derselbe ist, wie bei andern Verträgen, so scheint es, man müsse aus ihnen doch wenigstens, wie aus dem Darlehen eine obligatio naturalis ableiten, und dies behaupten auch Manche *i*). Gleichwohl verneinen es Andere *k*), und wohl mit Recht; denn nicht blos wird in den vielen Gesetzen, welche von solchen Schenkungen handeln, nirgends einer obligatio naturalis Erwähnung gethan, sondern es steht auch jene so allgemein, nicht blos für den civilrechtlichen Standpunkt, ausgesprochene Nichtigkeit und die aus ihr abgeleiteten Folgen, namentlich aber das unbedingte Revocationsrecht, welches durch eine Naturalobligation offenbar ausgeschlossen werden müßte, damit im Widerspruche. Es ist auch an sich gar nicht auffallend, daß, obgleich eine obligatio naturalis zwischen Vater und Kind als möglich angenommen war, eine solche doch aus der Schenkung nicht abgeleitet wurde, da diese durchaus im ältern Rechte unter eigenthümlichen Grundsätzen stand, und nicht sowohl als Begründung einer obligatio, als Vertrag, als vielmehr als Uebertragungsakt des Eigenthums betrachtet wurde, wie noch aus der Stellung dieser Lehre in den Institutionen erhellt. In der Erfüllung, sey es nun in jure cessio oder mancipatio oder traditio, zeigte sich die ganze Bedeutung der Schenkung, wie dies namentlich in dem cincischen Rechte

---

*h*) Pichardus ad tit. de adqu. hered. c. 15. Oroz, de apic. jur. I, c. 5. s. dagegen Retes §. 1.

*i*) Bartolus, Corasius l. c. §. 43—48. Gail l. c. n. 9.

*k*) Baldus, Merenda I, 20.

hervortritt; gerade dieser Akt war aber wegen der väterlichen Gewalt nicht möglich, und so ist es erklärlich, daß man die Schenkung zwischen Vater und Kind in jeder Beziehung als wirkungslos betrachtete, womit es denn auch vollkommen übereinstimmt, daß die spätere Erfüllung einer jeden gegen die lex Cincia eingegangenen Schenkung als Zahlung einer Nichtschuld erschien, und mit der condictio indebiti zurückgefordert werden konnte *l*). Corasius giebt auch selbst zu, daß jene obligatio naturalis, die er entstehen lassen will, durchaus wirkungslos ist, er nimmt mithin das Wort in uneigentlicher Bedeutung.

Diese Wirkungslosigkeit der Schenkung erlitt aber im spätern Rechte insoferne eine Ausnahme, daß die Schenkung unter Umständen convalesciren konnte.

Diese Convalescenz tritt zunächst dann ein, wenn der Vater das beschenkte Kind emancipirt, ohne das Geschenk zu revociren, gerade wie dem Kinde auch das ganze peculium profecticium als Eigenthum zufällt, wenn es ihm bei der Emancipation nicht abgenommen wird *m*). Ein gleiches gilt rücksichtlich des Peculiums dann, wenn ein Hauskind durch erlangte Würden ohne Emancipation gesetzlich aus der Gewalt tritt *n*), und es muß daher auch wohl die Convalescenz der nicht revocirten Schenkung in diesem Falle behauptet, und die ganze Bestimmung auf die deutschrechtliche Beendigung der väterlichen Gewalt durch Heirath oder eigenen Haushalt angewendet werden. Die ratio jener Convalescenz ist nämlich offenbar die, daß der Vater, welcher in dem Augenblicke, da das Kind selbstständig wird und des Eigenthumes fähig, die ihm früher gemachten Zuwendungen nicht widerruft, dieselben nun stillschweigend wiederholt, und dadurch wirksam macht. Eben

---

*l*) Fragm. Vat. §. 266.

*m*) l. 31 §. 2 D. de donat. l. 17 C. eod.

*n*) Nov. 81. c. 1. in verbis: „peculium ei donans“. Marezoll im civ. Archiv. B. 8 S. 281—284.

darum kann aber die Schenkung auch erst von diesem Augenblicke an als gültig betrachtet werden, und die Convalescenz nur bei wirklich vollzogenen Schenkungen, nicht auch bei bloßen Schenkungsversprechen eintreten.

Die Schenkungen des Vaters an seine Kinder convalesciren aber auch noch in dem Falle, wenn der Vater stirbt, ohne sie widerrufen zu haben. Wann und wie dieser Rechtssatz entstanden sey, ist eine schwer zu entscheidende Frage, und die Quellen widersprechen sich in Bezug auf diesen Satz auf die merkwürdigste Weise. Während nämlich Paulus in der aus seinem lib. 54 ad edictum genommenen l. 1 §. 1 D. pro donato diese Convalescenz nicht annimmt, indem er die Usucapion der geschenkten Sache durch das Kind auch nach dem Tode des Vaters leugnet, spricht er sie in seinen **sententiae receptae V, 11 §. 3** ganz entschieden mit den Worten aus:

**Pater si filiofamilias aliquid donaverit, et in ea voluntate perseverans decesserit, morte patris donatio convalescit.**

Daß Papinianus die Convalescenz ebenfalls noch nicht kannte, geht aus den **Fragm. Vat. §. 294, 296** hervor, wo er die Nichtigkeit der Schenkungen des Vaters an seine Kinder schlechthin ausspricht, und daraus folgert, daß der Erbtheilungsrichter eine solche Schenkung nicht beachten darf, sowie daß, wenn eines der Geschwister aus Irrthum dem Beschenkten das Geschenk läßt, dieser nun dennoch denjenigen Theil, welcher dem andern gebührte, nicht usucapiren könne. Dieser letzte Satz wird geradeso auch von Julianus ausgesprochen in **l. 2 §. 2 D. pro herede**, und damit stimmt auch Pomponius in **l. 4 D. pro donato** überein:

**Si pater filiae donaverit, quae in potestate ejus erat, et eam exheredaverit, si id heres ejus ratum habeat, exinde ea usucapiet donationem, qua ex die ratam heres donationem habuerit.**

Offenbar kennt Pomponius die Convalescenz nicht,

weil er die Usucapion der Tochter von der Genehmigung der Schenkung durch den Erben des Vaters abhängig macht, und erst mit dieser beginnen läßt. Zwar ist dies Gesetz von Manchen so verstanden worden, als ob Pomponius die Convalescenz zwar angenommen, aber auf den Fall beschränkt habe, wenn das beschenkte Kind Erbe des Vaters geworden ist; allein zu einem solchen argumentum a contrario ist durchaus kein Grund vorhanden; daß sich der Jurist die beschenkte Tochter als exheredirt, gedacht hat, hat seinen Grund ganz einfach darin, daß nur unter dieser Voraussetzung die Ratihabition der ganzen Schenkung durch den Erben, und damit die Begründung einer usucapio pro donato möglich ist, von welcher der Jurist sprechen wollte. Denkt man sich die Tochter allein oder neben Andern als Erbin ihres Vaters, so konnte für ihren Erbtheil jedenfalls eine solche Ratihabition nicht eintreten, und höchstens die Frage entstehen, ob nicht eine usucapio pro herede möglich sey; diese Frage berrührt übrigens Pomponius nicht, und so steht denn die l. 4 D. cit. weder mit der l. 2 §. 2 D. cit. noch mit den übrigen Pandektenstellen im Widerspruche.

Wenden wir uns nun zu den kaiserlichen Constitutionen, so haben nach den Fragm. Vat. §. 295 die Kaiser Severus und Antoninus Caracalla noch im Jahre 210 ganz übereinstimmend mit Papinian die Nichtigkeit der Schenkungen auch nach dem Tode des Vaters ausgesprochen. Bald nachher findet sich aber die Convalescenz von den Kaisern anerkannt, und zwar zuerst im Codex Gregor III, 5, 2 von Valerianus und Gallienus, welche von 253 — 260 gemeinschaftlich regierten, dann von Diocletianus und Maximianus in mehrern Rescripten vom Jahre 286 und später *o*), wobei sie sich

---

*o*) Fragm. Vat. §. 277, 278, 281. l. 18 C. fam. erc. l. 11 l. 17 C. de donat. Die Codexstellen sind ohne Jahrzahl, aber aus einem Jahre, da beide Kaiser Consuln waren, was

auf wiederholte Verordnungen der frühern Kaiser berufen; dasselbe rescribirte endlich im Jahre 315 Constantinus *p*). Dagegen enthält ein anderes Rescript von Diocletianus und Maximianus, die l. 13 C. de collat., die fortdauernde Wirkungslosigkeit der Schenkungen an Hauskinder.

Zwei Stellen sind es mithin, welche mit den übrigen in merkwürdigem Widerspruche stehen, die Aeußerung von Paulus, sent. rec. V, 11, 3 und die l. 13 C. de collat., indem Paulus im Widerspruche mit seinen Zeitgenossen und sich selbst die Convalescenz annimmt, die Kaiser aber im Widerspruche mit ihren Vorfahrern und sich selbst sie verwerfen. Gerade der Umstand aber, daß die Verfasser dieser beiden Stellen sich selbst widersprechen, zeigt, daß eine Lösung möglich seyn muß.

Die Stelle von Paulus könnte man als durch die Westgothen interpolirt betrachten; allein dies ist nach dem Style nicht wahrscheinlich. Man kann daher auch annehmen, daß, als Paulus sein 54stes Buch ad edictum schrieb, woraus seine l. 1 §. 1 D. pro donato herrührt, die Convalescenz der Schenkungen noch nicht angenommen war, wohl aber zu der Zeit, als er die Schrift arbeitete, woraus seine sententiae receptae genommen sind, was wahrscheinlich unter des Caracalla Alleinherrschaft (212—217) geschah *q*). Diese Annahme läßt sich durch folgende Darstellung unterstützen, welche zugleich eine Vermuthung über die Art und Weise enthält, in welcher die Convalescenz entstanden seyn kann. Durch eine oratio, welche Caracalla im Jahre 206 im Senate hielt, wurde bekanntlich festgesetzt, daß die Schenkungen unter Ehegatten durch den Tod des Schenkers convalesciren sollten *r*). Da lag

---

seit 288 die Regel bildete. Fr. Vat. §. 276. l. 17, 19, 20 C. fam. erc. l. 24 C. de donat.

*p*) Fragm. Vat. §. 274. *q*) Zimmern I §. 100 a not. 42.

*r*) l. 32 D. de don. i. v. e u. Fr. Vat. §. 276.

lag es nun sehr nahe, ein Gleiches von den Schenkungen an Hauskinder gelten zu lassen, und die Praxis that dies auch, weßhalb denn Paulus diesen Satz in seine sententiae receptae aufnahm. Freilich stand dieser Ausdehnung entgegen, daß keine völlige Gleichheit der beiden Verhältnisse existirte, indem die Schenkungen des Vaters an seine Hauskinder aus Rechtsgründen nichtig, die unter Ehegatten dagegen nur aus Rücksichten der Zweckmäßigkeit unverbindlich waren. Dies hat auch Papinian in den Fr. Vat. §. 294 ausgeführt, und sich deßhalb gegen die Convalescenz der Schenkungen an Hauskinder erklärt, ja wohl auch den Kaiser selbst das in §. 295 enthaltene Verwerfungsrescript geben lassen*). Gerade diese Polemik Papinian's beweist aber, daß schon damals der später entschieden angenommene Grundsatz der Convalescenz von Manchen geltend gemacht werden wollte, und es läßt sich leicht annehmen, daß mit Papinian, der gleich nach Geta's Ermordung (212) ebenfalls ermordet wurde, der Widerstand gegen jenen Satz aufhörte, er nun angenommen, und vielleicht noch durch Caracalla selbst bestätigt wurde.

Schwieriger ist die l. 13 C. de collat., in welcher die Kaiser an Antistia rescribiren:

Si donatione tibi post mortem patris fundum quaesisti, soror tua portionem ejus vindicare non potest. Nam si is filiaefamilias constitutae tibi a patre donatus est, eum praecipuum habere contra jura postulas.

Zwei Schwestern stritten sich bei der Erbtheilung um einen Acker, welchen die eine geschenkt erhalten hatte, und die Kaiser entscheiden, wenn das Geschenk nach dem Tode

---

*) Aehnlich schon Hasse im rhn. Museum B. 1 S. 211 not. 44., nur denkt er sich das Rescript in §. 295 älter, als das S. C. in l. 32 D. de don. i. v. e. ux., bei welcher Auffassung es aber an einem veranlassenden Grunde die Convalescenz der Schenkungen des Vaters fehlt.

des Vaters gemacht worden sey, so habe die andere Schwester keinen Theil daran; denn wenn die Tochter noch als Hauskind den Acker vom Vater erhalten habe, verlange sie mit Unrecht, daß er ihr allein zufalle. Der zweite Theil der Entscheidung, der als Entscheidungsgrund erscheint, verwirft deutlich die Convalescenz, weil ja, wenn diese einträte, die beschenkte Tochter den geschenkten Acker als Voraus erhalten müßte.

Die verschiedenen Erklärungsversuche der Glosse und der ältern Juristen *t*) sind hinreichend von Franke *u*) widerlegt, und sollen daher hier nicht wiederholt werden. Er selbst sucht das Gesetz auf folgende Weise zu erklären. Man müsse annehmen, daß im Falle dieses unbestimmten Rescripts neben der beschenkten Schwester eine emancipirte zur Erbfolge gekommen, und zur Collation verpflichtet gewesen sey; hier habe die Rechtsgleichheit gefordert, daß die sua nicht behalten dürfe, was ihr der Vater durch ein eigentlich ungültiges Rechtsgeschäft zugewandt, während die emancipata conferiren mußte, was sie durch ein völlig rechtsgültiges Geschäft erworben hatte. Demgemäß bildet denn Franke aus der l. 13 C. cit. den Satz, die Schenkungen an Hauskinder seyen auch durch den Tod des Vaters nicht convalescirt, wenn neben dem Beschenkten ein collationspflichtiges emancipirtes Kind erbte, und er glaubt, nur dadurch erkläre sich die Stellung des Rescripts in den Titel de collationibus. Allein so scharfsinnig auch diese Erklärung ist, so scheint sie mir doch theils zu gewagt, weil von dem allen in dem Gesetze nicht das Mindeste angedeutet ist, theils durch den Umstand widerlegt, daß, wie Franke selbst annimmt, und gleich nachher weiter ausgeführt werden soll, solche

---

*t*) **Donellus, comment. IX, 5 §. 19. Cujacius, obs. III, 30. Retes §. 9. Fachinaeus VI, c. 64. Giphanius ad l. 14, 25 C. de donat. i. v. e. ux. Huber, praelect. ad D. de collat. §. 4. Petersen de collat. bon. 1825. §. 41.**

*u*) **Civil. Abh. Göttingen 1826. S. 234 — 237.**

convalescirende Schenkungen als letztwillige Zuwendungen betrachtet wurden. Es ist nämlich anerkannt, daß Vermächtnisse an sui diesen auch dann als Voraus blieben, wenn neben ihnen ein Emancipirter erbte und conferiren mußte, und es ist daher ganz consequent, daß es bei den convalescirenden Schenkungen eben so gehalten wurde. Auch Franke's Erklärung bringt daher die l. 13 C. cit. nicht mit dem Rechte ihrer Zeit in Einklang, und es erscheint eine Emendation des Gesetzes um so nothwendiger, als dieselben Kaiser die Convalescenz in vier verschiedenen Rescripten ausgesprochen haben.

Die Nothwendigkeit einer Emendation ist auch schon von ältern Juristen angenommen worden. Manche *v*) wollten vor constitutae ein non einschieben; allein, abgesehen davon, daß hiefür kein Anhaltspunkt gegeben ist, wäre der Ausdruck filiafamilias non constituta ganz ungewöhnlich, und die Fassung der Stelle sehr gezwungen. Deßhalb will A. Faber *w*) statt a patre lesen a matre; diese Aenderung ist zwar sehr einfach, allein es würde sich dann durchaus nicht erklären lassen, warum das Gesetz in den Titel de collationibus gestellt ist. Am zweckmäßigsten ist es daher wohl, nach dem Vorschlage von Franke das nam in nec zu verwandeln. Diese Emendation hat an der Gleichheit der Siglen einen äußern Anhaltspunkt, läßt in dem Gesetze die Convalescenz der Schenkungen an Hauskinder ausgesprochen seyn, gibt demselben einen bessern innern Zusammenhang, indem die Kaiser sagen, nicht blos der nach dem Tode des Vaters von einem Dritten, sondern selbst der vom Vater während der Gewalt zum Geschenk erhaltene Acker bleibt dem Beschenkten allein, und läßt endlich auch erklären, warum das Gesetz in diesen Titel gestellt wurde. Das Convalesciren der Schenkung, in Folge dessen der Beschenkte die Sache allein behält, konnte nämlich den Compilatoren als Verneinung der Collationspflicht

*v*) Fachinaeus V. 80. *w*) Err. pragm. dec. 40 err. 1.

erscheinen, welche man, namentlich seitdem Justinian der Convalescenz rückwirkende Kraft beigelegt hatte, zu behaupten sich hätte versucht fühlen können.

Das Resultat der bisherigen Untersuchung wäre demnach, daß es wahrscheinlich seit Caracalla, entschieden aber unter Diocletian Rechtssatz war, daß alle nicht widerrufenen Schenkungen des Vaters an seine Kinder durch den Tod des Schenkers convalesciren. Es fragt sich daher jetzt, wie diese Convalescenz rechtlich betrachtet wurde, und was sie wirkte. Die Kaiser erklärten aber solche nicht widerrufene Schenkungen ganz entschieden für letztwillige Zuwendungen. So sagt Diocletian in l. 11 C. de donat. von ihr: „destinatione magis paternae voluntatis factam, quam perfectam donationem pervenisse" und noch bestimmter Constantin in dem in den Fr. Vat. §. 274 enthaltenen Rescripte: perseverantia voluntatis ad instar mortis causa donationis hujuscemodi liberalitatem redigi oportere. Diesem Principe gemäß wurden solche Schenkungen auch dem Abzuge der Falcidischen Quart unterworfen *x*), konnten aber auch bei der Erbtheilung geltend gemacht, und mußten von dem arbiter familiae erciscundae zugesprochen werden. Dieser letzte Satz ist fast in allen den oben citirten Quellen enthalten, welche die Convalescenz aussprechen, und deßhalb behauptet Franke, die Convalescenz sey nur dann eingetreten, wenn das beschenkte Kind Erbe seines Vaters geworden und geblieben sey, nicht aber, wenn es exheredirt war, oder wenn es abstinirte. Allein dem steht entschieden entgegen, daß dies bei eigentlichen Vermächtnissen nicht der Fall war, welche der Vater auch einem exheredirten Kinde hinterlassen konnte, und welche auch der abstinirende suus behielt *y*). Jene Fassung der Quellen erklärt sich aber daraus, daß in der Regel die sui Erben ihres Vaters wurden und blieben,

---

*x*) Fr. Vat. §. 281. „liberalitatem salva lege Falcidia probari". — *y*) l. 87 D. de leg. I.

und es ist daher auch von den eigentlichen Prälegaten gerade so gesagt, daß sie mit der actio familiae erciscundae geltend gemacht werden *), obgleich sie auch dann gültig bleiben, wenn der Prälegatar nicht Erbe wird, oder als suus abstinirt. Franke glaubt zwar seinen Satz noch besonders ausgesprochen zu sehen in l. 2 C. de inoff. don., welche sich nur durch diesen Satz soll erklären lassen; allein mit Unrecht. Die Stelle lautet so:

**Si pater omne patrimonium suum impetu quodam liberalitatis in filium effudit, aut in potestate is permansit, et arbitri familiae herciscundae officio congruit, ut tibi quartam partem debitae ab intestato portionis praestet incolumem, aut si emancipatus fuit, quia donatio non indiget alieno adminiculo, sed suis viribus nititur, juxta constitutiones is, qui provinciam regit ad similitudinem inofficiosi testamenti querelae auxilium tibi aequitatis impertiet.**

Dieses Rescript erklärt nun Franke folgendermaßen. Die Schenkung an den emancipirten Sohn ist an sich gültig, die an den Haussohn aber bedarf eines alienum adminiculum, und dieses ist das officium arbitri familiae erciscundae; sie convalescirt nur durch dessen Anerkennung, mithin nicht, wenn der Sohn nicht Erbe wird. Allein in der Stelle ist gar nicht die Rede von einer Schenkung an einen emancipirten Sohn, sondern nur an einen suus; es sind aber für die weitern Schicksale dieser Schenkung zwei Fälle unterschieden, indem der beschenkte Sohn entweder bis zum Tode des Vaters in der Gewalt blieb, oder nach

---

*) l. 4 pr. l. 25 §. 22. l. 26 D. fam. erc. l. 7 C. eod. l. 17 §. 2 D. de leg. I. Ganz ähnlich, wie Franke, behaupteten deßwegen die Sabinianer das legatum per praeceptionem könne nur mit der Erbtheilungsklage geltend gemacht werden, und es könne daher auch nur einem Erben auf diese Art legirt werden; allein ihre Ansicht wurde verworfen. Gaj. II. §. 219—223.

der Schenkung emancipirt wird. Diese Unterscheidung wird übrigens nicht zu dem Zwecke gemacht, um zu bestimmen, wodurch und unter welchen Voraussetzungen der Beschenkte die Schenkung erhält, sondern durch welche Rechtsmittel die durch die Schenkung in ihrem Pflichttheile verletzte Schwester, an welche das Rescript gerichtet ist, die Schenkung anfechten kann, und dadurch erhält das **alienum adminiculum** eine ganz andere Bedeutung, als ihr Franke beilegt. Wenn nämlich der Beschenkte nachher emancipirt wird, ohne daß dabei die Schenkung widerrufen wird, so convalescirt sie nach der schon oben angeführten l. 32 §. 2 D. de donat. und besteht nun als **negotium inter vivos**, als wahre Schenkung, **suis viribus nititur**; daher findet hier die **querela inofficiosae donationis** statt. Wenn dagegen der Beschenkte bis zum Tode des Vaters in dessen Gewalt blieb, so convalescirt die Schenkung, soferne sie nicht widerrufen ward, zwar auch, aber nur als **donatio mortis causa**, als letztwillige Verfügung, und dies ist das **alienum adminiculum**, welches die Kaiser andeuten; deßhalb reichen hier auch für die verletzte Schwester die Grundsätze über den Pflichttheil gegen letztwillige Verfügungen aus, welche allerdings bei der Erbtheilung geltend gemacht werden müssen; das **officium arbitri** wird daher auch in dem Gesetze nicht auf die Begründung der Gültigkeit der Schenkung, welche schon mit dem Tode eintrat, bezogen, sondern auf die Rescission derselben wegen Pflichttheilsverletzung, oder, was nach damaligem Rechte zusammentraf, wegen der Verletzung der Falcidischen Quart.

Meine Ansicht geht demnach dahin. Die Schenkungen an Hauskinder werden durch den Tod des Vaters vollständig den **donationes mortis causa**, und, wie diese *a*) in ihren Wirkungen den letztwilligen Zuwendungen gleichgestellt, namentlich auch rücksichtlich des Eigenthumserwerbes. Die-

---

*a*) §. 1 J. de donat. l. 15. l. 17. l. 37 pr. D. de don. m. c. l. 5 C. ad leg. Falc.

ser findet daher mit dem Tode des Vaters statt, und zwar, worin die donatio mortis causa von den Legaten abwich, ohne Rücksicht darauf, ob die Erbschaft angetreten wurde, oder nicht *b*); auf keinen Fall aber bedurfte es dazu einer adjudicatio durch den arbiter familiae erciscundae; der Ausdruck praecipuas adjudicari in der l. 18 C. fam. erc. heißt nur als Voraus anerkennen, und geht nicht auf die technische adjudicatio als Eigenthumserwerb *c*). Daß von einer besondern Klage auf solche durch den Tod convalescirende Schenkungen in den Quellen nicht gesprochen wird, erklärt sich theils aus dem Umstande, daß der Beschenkte in der Regel den Vater beerben, und die Schenkung bei der Erbtheilung geltend machen wird, vorzüglich aber daraus, daß die donationes mortis causa rücksichtlich der Errichtung bis auf Justinian nicht den Legaten, sondern den reinen Schenkungen gleichstanden *d*), folglich nach dem Cincischen Rechte immer gleich erfüllt werden mußten. Man muß daher aus den Quellen auch noch den Satz ableiten, daß bloße Schenkungsversprechen an Hauskinder auch durch den Tod des Vaters nicht convalescirten *e*).

Die Bestätigung für die bisherigen Sätze liegt nun endlich auch noch in einer Verordnung von Justinian, worin er dieselben zum Theile abändert. Es ist dies die l. 25 C. de don. i. v. e. ux. vom Jahre 528. Sie bezieht sich auf die Convalescenz der Schenkungen des Vaters an seine Hauskinder und der Ehegatten unter sich, und enthält, etwas unlogisch gefaßt, folgende Neuerungen:

---

*b*) l. 1 i. f. l. 2 D. de publio. l. 32 D. de don. m. c.

*c*) Dies behauptet auch Franke selbst nicht.

*d*) l. 1. l. 4 C. de don. m. c.

*e*) Hiegegen entscheidet nicht, daß unter Ehegatten nach der richtigern Meinung auch Schenkungsversprechen convalescirten; denn, wie schon oben gezeigt wurde, sind die beiden Verhältnisse ihrem Grunde nach verschieden, und es kann daher nicht von dem einen auf das andere geschlossen werden.

1) Die Convalescenz soll nicht mehr, wie bisher, in allen Fällen durch das bloße Nichtwiderrufen eintreten, sondern dies soll nur dann hinreichen, wenn die Schenkung entweder das die gerichtliche Insinuation bedingende Maaß nicht erreicht, oder gerichtlich insinuirt worden ist. Außerdem kann die Schenkung nur durch eine ausdrückliche Bestätigung in einem letzten Willen gültig werden.

2) Die Convalescenz soll fortan in gewissen Fällen zurückbezogen werden auf den Moment, da die Schenkung gemacht wurde, und zwar dann, wenn die Schenkung durch das bloße Stillschweigen, d. i. Nichtwiderrufen des Schenkers convalesciren kann, es mag nun noch eine ausdrückliche Bestätigung hinzugekommen seyn oder nicht.

Durch diese Bestimmungen ist das Grundprincip des frühern Rechts über die Art und Wirkung des convalesciren geändert. In den Fällen, da eine ausdrückliche Bestätigung in einem letzten Willen gefordert wird, treten nun noch mehr, als bisher, nämlich auch rücksichtlich der Begründung, die Grundsätze über Vermächtnisse ein, und man kann insoferne die l. 25. C. cit. als eine Vorbereitung zu der im Jahre 530 durch die l. 4 C. de don. m. c. erfolgten Gleichstellung der Schenkungen auf den Todesfall mit den Legaten betrachten; ebendarum muß aber auch angenommen werden, daß durch eine solche ausdrückliche Erklärung jetzt auch ein bloßes Schenkungsversprechen Gültigkeit erlangen kann. Dagegen werden die auch ohne ausdrückliche letztwillige Bestätigung convalescirenden Schenkungen nun nicht mehr als letztwillige Zuwendungen, sondern als reine Schenkungen als von Anfang an gültige Geschäfte unter Lebenden betrachtet; deßhalb kann auch die Falcidische Quart nicht mehr von ihnen abgezogen werden, und es muß jetzt jedenfalls gleichgültig seyn, ob das beschenkte Kind Erbe seines Vaters geworden ist *f)*, wiewohl es in diesem Falle noch jetzt bei der Erbtheilung die Schen-

---

*f)* Dies erkennt auch Franke S. 240 not. 79 an.

kung geltend machen kann. Dadurch könnte man sich denn auch zu der Annahme verleiten lassen, es müßten nun auch bloße Schenkungsversprechen convalesciren; seitdem Justinian durch die l. 35 C. de donat. vom Jahre 530 aus der Schenkung, selbst wenn sie nur als einfaches pactum geschlossen wurde, eine Klage begründet hat. Allein das Gegentheil hat mehr für sich; denn unter den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen kann noch jetzt keine Schenkungsklage begründet werden, und der Kaiser hat in l. 25 C. de don. i. v. e. ux. nicht die wesentliche Voraussetzung, sondern hauptsächlich nur die Wirkung der Convalescenz festgesetzt. Daß sich der Fall nach dem frühern Rechte an sich zur Convalescenz eignen müsse, hat er vorausgesetzt, und dazu gehörte bei Schenkungen an Hauskinder der Vollzug durch Tradition, während bei Ehegatten nach der richtigern Meinung *g*) auch bloße Versprechen convalescirten.

Durch die Bestimmung der l. 25 C. cit., von welcher übrigens Justinian im Jahre 530 eine specielle Anwendung auf den Fall, wenn der Vater seinem Kinde den Nießbrauch eines jetzt sogenannten Adventizgutes überläßt, in l. 6 §. 2 C. de bonis quae lib. gemacht hat, wird noch die Frage hervorgerufen, ob eine das Insinuationsmaaß übersteigende Schenkung durch das bloße Nichtwiderrufen des Vaters ohne ausdrückliche Bestätigung des Vaters nicht wenigstens bis auf diejenige Summe convalescire, für welche die Insinuation nicht nöthig ist. Unsere Juristen streiten darüber. Einige *h*) verneinen es, und behaupten, daß in solchen Fällen die ganze Schenkung ungültig sey, und zwar wegen der Worte der l. 25 C. cit.: „nam „amplioris quantitatis donationes nec per silentium „ejus, qui donavit, confirmari concedimus.“ Allein

---

*g*) J. Puchta, rhein. Mus. B. 6. n. 9.

*h*) Salicetus, Socinus, Merenda I, c. 24 n. 13 — 17.

mit Recht behaupten Andere *i*) das Gegentheil theils wegen des allgemeinen Rechtsgrundsatzes: „utile per inutile non vitiatur“ *k*), theils wegen der mit dem Insinuationsgebote überhaupt verbundenen Bestimmung, daß die nicht insinuirten Schenkungen wenigstens bis auf die gesetzliche Summe gültig seyn sollen *l*).

Zuletzt ist nun noch zu untersuchen, ob die bisher entwickelten Grundsätze über die Schenkungen zwischen Vater und Kind in allen Fällen gelten, oder gewisse Ausnahmen erleiden.

Eine solche Ausnahme machte in der ältern Zeit die communis opinio doctorum in Bezug auf remunetorische Schenkungen an Kinder, weil hier das Kind nicht sowohl aus dem Vermögen des Vaters, als aus seiner eigenen Thätigkeit, ex operis suis erwerbe *m*). Dieser gemeinen Meinung sind jedoch schon mehrere ältere Juristen entgegengetreten *n*), und zwar aus einem doppelten Grunde. Zunächst nämlich seyen die Kinder ihrem Vater soviel Dank schuldig, daß sie diesen durch nichts völlig erstatten, noch viel weniger aber ihn selbst wieder sich zum Danke verpflichten könnten; sodann aber werde jedenfalls auch eine solche Schenkung, welche der Vater etwa selbst als eine vergeltende bezeichne, doch aus dem Vermögen des Vaters gemacht, also von dem Sohne nicht von außen her, aliunde, erworben. Der erste Grund, welchen man mit Berufung auf Seneca, de beneficiis lib. 3. angegriffen und mit Aristoteles Eth. lib. 9 c. 1. vertheidigt hat, mag,

---

*i*) Aretinus, Ruinus, Gomesius, Fachinaeus III, 72.

*k*) l. 1 §. 5 D. de V. O. cap. 37 in 6. de R. J.

*l*) l. 34 pr. l. 36 §. 3 C. de donat.

*m*) Bartolus, Decius, Alexander, Clarus, Tiraquellus, Socinus; Gail obs. pract. II, c. 38 n. 5. Corasius §. 49—59. Fachinaeus III, c. 74 — 76.

*n*) Baldus, Lancellotus, Politus, Menochius de praes. III, c. 29 n. 4. Faber, err. pragm. dec. 41 err. 6. —

da er nicht rechtlicher Natur ist, auf sich beruhen; der zweite ist aber gewiß entscheidend, und darum werden auch von den neuern Juristen die remuneratorischen Schenkungen des Vaters an seine Kinder den übrigen gleichgestellt *o*).

Eine zweite Ausnahme wollen Manche *p*) für eidlich bestärkte Schenkungen machen; mit Recht wird aber auch diese von andern verworfen *q*), da auch nach canonischem Rechte der Eid die Grundprincipien des Rechtes nicht ändern, und die Folgen der Vermögenslosigkeit des Hauskindes nicht aufheben, oder bewirken kann, daß der Vater sich selbst etwas schulde. Zwar berufen sich die Gegner noch besonders auf cap. 3 in 6. de judiciis; allein dieses sagt nur, daß ein Haussohn des väterlichen Consenses nicht bedarf, wenn er in causis beneficialibus vel aliis spiritualibus klagen will; es gehört also nicht im mindesten hieher, da es nicht von einer Klage gegen den Vater, sondern gegen Dritte handelt.

Als ganz unnütz muß aber der Streit betrachtet werden, welchen die ältern Juristen zur l. 35 D. fam. erc. über die Frage führen, ob eine Schenkung des Vaters an seine Tochter ad dotem *r*), oder an die Söhne ad studia gelte *s*); denn die Bestellung einer dos ist sogar gesetzliche Pflicht, daher keine wahre Schenkung, und steht somit unter ganz eigenthümlichen Grundsätzen. Dies gilt auch von den Mitteln für das Studiren, welche in Folge der

---

*o*) Schröter in den Erlang. Jahrb. B. II S. 10. Meyerfeld von den Schenkungen. I. S. 368. Wening III §. 213 und IV §. 86. Mühlenbruch §. 445 not. 15 und 563. Nur Thibaut §. 569 ist bei der alten Ansicht geblieben.

*p*) Jason; Retes §. 2. Gail l. c. n. 7. Fachinaeus III. c. 77. —

*q*) Corasius §. 72 — 74. Merenda I, 21. A. Faber dec. 41 err. 4. —

*r*) Verneint wird es von Merenda, I. c. 23 n. 7 — 11. Faber. conject. VII, 12 u. XIII. 2; bejaht von Fachinaeus XIII, 60.

*s*) Faber, erc. pragm. dec. 41 err. 7. —

väterlichen Erziehungspflicht geleistet werden, und daher als geistige Alimente unter denselben Grundsätzen stehen müssen, wie die leiblichen.

Alles dasjenige, was bisher über Schenkungen des Vaters an seine Kinder entwickelt worden ist, muß natürlich auch dann gelten, wenn Geschwister in derselben Gewalt oder auf Geheiß des Vaters aus einem peculium profecticium sich beschenken, weil eine solche Schenkung als vom Vater selbst gemacht anzusehen ist. Mit Unrecht haben einige ältere Juristen eine solche Schenkung als vollgültig betrachtet; sie sind schon durch Fachinaeus III c. 78 und Merenda, I. c. 24 n. 7 — 9 hinreichend widerlegt. Ebenso irrig behauptet aber der letztgenannte, daß eine solche Schenkung auch durch den Tod des Vaters nicht convalescire, weil die l. 25 C. de donationibus diesen Fall nicht erwähne, und als eine lex singularis nicht ausgedehnt werden dürfe. Es bedarf hier keiner Ausdehnung, indem, wie schon gesagt, bei der mit Einwilligung des Vaters vom Kinde gemachten Schenkung doch rechtlich der Vater selbst der Schenker ist, also die l. 25 C. cit. wörtliche Anwendung leidet.

## §. 9.

Der jussus des Vaters an das Kind wird als den Vater obligirend anerkannt von Ulpianus in l. 20 §. 1 D. fam. erc:

**Si filius familias jussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere.**

Wenn sich der Sohn auf Befehl des Vaters einem Dritten obligirt hat, so erlangt er, analog wie der Mandatar gegen den Mandanten, so gegen den Vater und dessen Erben einen Anspruch auf Ersatz. Die Geltendmachung desselben ist übrigens während der Gewalt nicht nöthig, weil hier der Sohn dem Dritten nichts leisten kann, ausser aus dem Peculium des Vaters; nach Lösung der Gewalt haftet aber der Sohn dem dritten mit eignem Vermögen,

und jetzt kann er daher seine Schadloshaltung von den Erben des Vaters verlangen, jedoch ohne eine Klage zu haben; wenn er selbst den Vater mitbeerbt, so wird diese Schadloshaltung dadurch bewirkt, daß bei der Erbtheilung dem Sohne soviel als Voraus gegeben wird, als die von ihm auf Befehl des Vaters contrahirte Schuld beträgt. Irrig ist es aber, daß Corasius l. c. §. 34 — 42 hier von einem wahren Mandate spricht; denn ein solches findet bekanntlich nur zwischen unabhängigen Personen statt, und, wenn der Vater auch in Form eines Mandates dem Sohne einen Auftrag giebt, so kann der Sohn die Vollziehung nicht verweigern; es ist also immer ein Befehl(*t*), und der Vater selbst erlangt daher, wenn der Sohn bei dem Vollzuge noch so nachlässig ist, doch keine Forderung auf Ersatz, wie der Mandant gegen den Mandatar, und hat es sich nur selbst zuzuschreiben, daß er seinen Befehl an einen trägen oder unfähigen Sohn gab. —

Die negotiorum gestio ist mehrmals in den Quellen erwähnt, und verpflichtet sowohl den Vater als das Kind. Ganz allgemein sagt dies Pomponius in l. 49 §. 1 D. de peculio:

Si ignorante me servus meus negotia mea administraverit, tantidem *debitor mihi intelligitur*, quanti tenebatur, si liber negotia mea administrasset. Einzelne Anwendungen dieses Grundsatzes enthalten folgende Gesetzesstellen:

l. 11 §. 2 D. de peculio. Ulpianus lib. 29 ad Edictum.

Sed si a debitore dominico servus exegerit, an domini debitorem se fecerit, quaeritur. Et Julianus lib. 12 Digestorum non aliter dominum deducturum ait, quam si ratum habuisset, quod exactum est. Eadem et in filiofamilias dicenda erunt. Et puto veram Juliani sententiam: naturalia enim de-

(*t*) l. 1 §. 3 D. quod jussu.

bita spectamus in peculii deductionem: est autem naturae aequum, liberari filium vel servum obligatione, eo quod indebitum videtur exegisse.

l. 20 §. 1 D. fam. erc. Ulpianus lib. 19 ad Edictum.

Si filiusfamilias jussu patris obligatus sit, debebit hoc debitum praecipere. *Sed et si in rem patris vertit, idem placet.*

l. 25 §. 19 D. eod. Paulus lib. 23 ad Edictum.

Si filius, cum patrem defenderet, condemnatus solverit, vel vivo eo vel post mortem, potest aequius dici, habere petitionem a coherede in familiae erciscundae judicio. —

Nach der ersten Stelle wird der Sohn Schuldner seines Vaters, wenn er eingeklagt hat, was ein Dritter dem Vater schuldete, und der Vater kann diese Forderung vom Peculium abziehen; dabei wird jedoch vorausgesetzt, daß der Vater die Schuld und deren Einklagung anerkannt hat; denn außerdem hat der Sohn eine Nichtschuld eingeklagt, und wird hieraus höchstens dem Dritten zur Rückgabe, nicht aber dem Vater verpflichtet. In den beiden letzten Stellen ist gesagt, wenn der Sohn etwas zum Besten des Vaters verwendet habe, vorausgesetzt, daß er dabei einem Dritten verpflichtet wurde, oder wenn er den Vater in einem Rechtsstreite vertheidigt und als verurtheilt für ihn bezahlt habe, so könne er den Betrag der Verwendung oder Schuld bei der Erbtheilung ersetzt, also als Voraus, verlangen. Durch das Wort petitio, welches dabei Paulus gebraucht, hat sich nun Corasius verleiten lassen, zu behaupten, der Sohn erwerbe in solchen Fällen sogar eine obligatio civilis; allein dies ist offenbar irrig, da bei der Erbtheilung, in welcher jeder Theil als Kläger und Beklagter erscheint, und eine völlige Abrechnung eintritt, auch obligationes naturales geltend gemacht werden können; nur dies, nicht aber specielle Klagbarkeit dieses Anspruches liegt in den Worten petitionem

habere. Uebrigens ist in der letzten Stelle vorauszusetzen, daß der Sohn die Zahlung nicht aus einem Peculium, sondern mit fremden Mitteln bewirkt habe, so daß er dadurch dem Dritten zum Ersatze verpflichtet ist, gerade wie in der l. 20 §. 1 D. cit.; denn zahlt er mit dem Gelde des Vaters, so ist kein Grund zu einem Ersatze an ihn da, und es genügt, wenn diese Zahlung anerkannt, und das Peculium, woraus sie genommen war, als rechtmäßig dadurch vermindert betrachtet wird.

In allen diesen Gesetzen ist nur von einer negotiorem gestio des Kindes für den Vater die Rede; der Grund davon ist wohl der, daß nicht leicht eine solche von Seite des Vaters für das Kind wird vorkommen können, weil dieses vermögenslos ist. Doch läßt es sich denken, daß der Vater Schulden des Kindes bezahlt, für die er an sich nicht haftet, und dann muß wohl eine Naturalobligation, sey es nun aus Mandat oder freiwilliger Geschäftsführung angenommen werden, und dies bestätigt auch Ulpian, indem er in l. 11 §. 1. D. de peculio sagt: Sed et si quid dominus soluturum se servi nomine repromisit deduci oportebit.

Was die Stipulation anlangt, so erwähnen die Gesetze nur den Fall, da ein Sklave für einen Schuldner des Herrn expromittirt, mit der Bestimmung, daß der Betrag der Schuld vom Peculium abgezogen werden darf, wenn der Herr von Peculiargläubigern belangt wird, daß aber dann die Forderung gegen den Schuldner, welche trotz jener expromissio fortdauert, zum Peculium gehört *u*). Diese Entscheidung ist deßhalb ganz richtig, weil bekanntlich die Novation eines Sklaven die bestehende Obligation nicht aufhebt *v*), und es ist daher nicht zu billigen, daß die Glosse zu l. 56 D. de pec. unter dem nomen, welches

---

*u*) l. 11 §. 1. l. 56 D. de peculio.

*v*) §. 3 J. qu. mod. obl. toll.

zum Peculium hinzugerechnet werden soll, die Forderung aus dem Mandate oder der negotiorum gestio verstehen will, welche der Sklave und durch ihn der Herr bei der Expromission gegen den Schuldner erwirbt; denn Paulus meint offenbar die ursprüngliche Forderung, und denkt sich diese als im Augenblicke, da sich der Vater durch die deductio aus dem Peculium bezahlt macht, ähnlich wie durch eine Cession an den zahlenden Bürgen, in das Peculium übertragen.

Es fragt sich nun, ob diese Sätze gerade so auch dann angewendet werden können, wenn ein Kind für einen Schuldner des Vaters bei diesem expromittirt. Ich glaube, dies verneinen zu müssen. Zwar muß auch hier der Vater den Abzug vom Peculium machen dürfen; allein die Schuld des Dritten muß durch die Expromission als getilgt angesehen werden, weil die durch Hauskinder bewirkte Novation nicht, wie die der Sklaven, wirkungslos ist; hier kann daher als Ersatz für den Abzug allerdings nur die dem Expromittenten gegen den ursprünglichen Schuldner zustehende Forderung aus dem Mandate oder der Geschäftsführung zum Peculium hinzugerechnet werden.

Uebrigens muß theils um jener speciellen Gesetze, theils aus allgemeinen Gründen, angenommen werden, daß, wie aus dem Darlehen, so aus jeder Stipulation eine Naturalobligation zwischen Vater und Kind entspringt, wenn sie nicht als Schenkung erscheint. Dem entspricht es auch, daß Vermächtnisse nach den Gesetzen zwischen Vater und Kind bestehen können, welche bekanntlich eine obligatio quasi ex contractu und zwar quasi ex stipulatione begründen. Dabei kommt jedoch in Betracht, daß die Erfüllung der Vermächtnisse während der Gewalt nicht möglich ist, mithin um der regula Catoniana willen nur solche Vermächtnisse gelten können, deren Erfüllung nach der Anordnung des Testator nothwendig oder doch möglicherweise erst nach beendigter Gewalt eintritt. In diesem Falle begründet aber der erst nach beendigter Gewalt eintretende

tretende dies veniens sogar eine Klage. Hieraus erklären sich denn folgende bekannte Sätze.

Wenn der Vater zum Erben eingesetzt ist, so ist jedes unbedingte Vermächtniß an das Kind zufolge der regula Catoniana ungültig; denn stürbe der Testator sogleich, so würde das Legat durch das Kind dem Vater, also dem Erben selbst erworben. Unter einer Bedingung kann hier aber dem Kinde legirt werden, weil, wenn es vor Eintritt der Bedingung aus der Gewalt tritt, die Erfüllung des Legates möglich wird *w*), und daher kann auch dem Vater aufgetragen werden, die Erbschaft an sein Kind zu restituiren, wenn es aus seiner Gewalt getreten seyn wird *x*). Wenn das Kind zum Erben eingesetzt ist, so kann von ihm gültig auch unbedingt an den Vater oder andere in dessen Gewalt befindliche Personen legirt werden, indem es hier nicht schadet, wenn bei dem Tode des Testators, also die cedente, die Gewalt noch dauert, weil der Vater damit nicht auch schon die Erbschaft erwirbt, und es möglich ist, daß das Kind, ehe es die Erbschaft antritt, aus der Gewalt des Vaters austritt; geschieht dies nicht, erwirbt also der Vater durch das auf sein Geheiß antretende Kind die Erbschaft, so fällt nun freilich sein Legat zusammen, weil Niemand ein Legat von sich erhalten kann *y*), und es wird daher auch das Legat in die quarta Falcidia eingerechnet *z*) und nicht computirt, das heißt nicht unter die Legate gestellt, wovon die Quart abgezogen werden muß *a*). Da übrigens der Vater durch das Kind die Erbschaft erwirbt, so kann nun auch ihm selbst wieder ein Vermächtniß — vor Justinian jedoch nicht ein Legat, sondern nur ein

---

*w*) Ulp. Fragm. tit. 24 §. 23. §. 32 J. de legatis. l. 30 §. 8 D. ad leg. Falc. *x*) l. 50 D. ad S.C. Trebell.

*y*) §. 33 J. de leg. l. 91 pr. D. de leg. I. l. 17 D. quando dies. Ulp. Fr. tit. 24 §. 24, wo das non offenbar gestrichen werden muß. Cujacius ad l. 25 D. de leg. I. T. VII p. 987.

*z*) l. 25 D. de leg. I. *a*) l. 20 D. ad leg. Falc.

14

Fideicommiß — und zwar an das Kind selbst auferlegt werden, von welchem er jedoch, da er nicht selbst Erbe ist, den Falcidischen Abzug nicht machen darf *b*).

Diese Sätze sind aber im neusten Rechte dadurch abgeändert, daß der Vater die seinem Kinde zufallenden Erbschaften und Legate nicht mehr erwirbt, diese vielmehr sogenanntes Adventizgut werden; demnach müssen jetzt Legate zwischen Vater und Kind auch während der Gewalt vollwirksam seyn, wie zwischen andern Personen *c*).

## §. 10.

Bisher war von der Möglichkeit einer **obligatio naturalis** zwischen Vater und Kind aus Verträgen die Rede. Was nun die Delicte anlangt, so ist in den Gesetzen mehrmals geradezu ausgesprochen, daß der Vater aus solchen berechtigt werden könne, und den Schadensersatz, nicht aber auch die Privatstrafe, welche er gegen einen andern Delinquenten fordern könnte, vom Peculium abziehen dürfe, insbesondere wegen Diebstahl oder Eigenthumsverletzung *d*). Dagegen kann der Vater aus Delicten nicht verpflichtet werden, weil er sie ja immer nur gegen sein Eigenthum begeht *e*), und bei Delicten gegen die Person, wie schon oben in §. 3 not. z bemerkt wurde, die **paterna reverentia** jede Obligation, selbst bei emancipirten Kindern ausschließt. —

## §. 11.

Zum Schlusse muß jetzt noch untersucht werden, welche Wirkung eintritt, wenn eine Obligation, welche unter unabhängigen Personen entstanden ist, später auf solche Personen übertragen wird, welche durch väterliche Gewalt verbunden sind. Die juristische Consequenz fordert hier offen-

---

*b*) l. 11 D. de leg. I. Cujacius ad h. l. T. VII p. 937.

*c*) Cujacius ad l. 25 D. de leg. I. T. VII p. 988.

*d*) l. 9 §. 1, 6 l. 27 §. 1 D. de peculio. *e*) l. 9 pr. D. eod.

bar, daß die Obligation, wenn sie auch eine **civilis** gewesen seyn sollte, sich nun in eine **naturalis** verwandle, und dies wird auch durch die Gesetze bestätigt. Eine Ausnahme muß jedoch eintreten, und die Obligation als **civilis** fortdauern, wenn sie durch ein Vermögen begründet ist, welches als freies Peculium des Hauskindes erscheint, oder mit andern Worten, wenn sie unter Verhältnissen entstand, welche auch zwischen Vater und Kind eine Civilobligation gestatten.

Die einzelnen Fälle einer solchen Uebertragung einer Forderung sind aber folgende:

I. Wenn der Gläubiger seinen Schuldner arrogirt, oder umgekehrt. Die Quellen erwähnen hier nur den speciellen Fall, wenn ein fremder Sclave oder Haussohn ein Delict gegen Jemand begeht, und dann in dessen Gewalt kommt, und die Schulen stritten über diesen Fall. Nach der Ansicht der Proculianer sollte hier die Klage nur so lange ruhen, als sich der Delinquent in der Gewalt des Damnifikaten befindet, und bei dem Austritte aus der Gewalt wieder aufleben, während die Sabinianer die Klage für immer erlöschen ließen *f*). Diese letztere, gewiß consequentere, Ansicht scheint gesiegt zu haben, und ward auch von Justinian angenommen *g*). Alle diese Gesetze sprechen aber nur von dem Untergehen der Klage, und stehen der Fortdauer einer **obligatio naturalis**, welche nach der juristischen Consequenz angenommen werden muß, nicht entgegen. Was die Gesetze von Delictsschulden sagen, muß aber gewiß ebenso von Vertragsforderungen gelten; nur können hier Ausnahmen vorkommen, so daß selbst die Klage fortdauert. Läßt sich Jemand arrogiren, der sich durch Kriegs-, Staats- oder Kirchendienst ein Vermögen erworben hat, so bildet dieses Vermögen sein **peculium militare**, und die Forderungen, welche in Bezug auf dieses

*f*) Gaj. IV, §. 78. *g*) §. 6, 7 J. de nox. act. l. 37 D. eod. l. 18 l. 64 D. de furtis.

Vermögen zwischen ihm und seinem Arrogator entstanden sind, müssen fortdauern. Das gesammte übrige Vermögen des Arrogirten bildet im neusten Rechte *h*) ein sogenanntes peculium adventicium, und es müssen daher, soweit durch ein solches klagbare Forderungen möglich sind, die vor der Arrogation entstandenen Obligationen ebenfalls wirksam fortdauern.

**II.** Wenn der Gläubiger oder Schuldner aus einer Forderung von Jemand beerbt wird, der mit dem Schuldner oder Gläubiger durch väterliche Gewalt verbunden ist. Die Gesetze enthalten hier nur den Fall, wenn der Gläubiger des Sohnes den Vater zum Erben einsetzt; sie lassen aber hier die Obligation fortdauern, und leiten daraus eine doppelte Wirkung ab. Wenn nämlich der Vater diese Erbschaft verkauft, so muß er an den Käufer zufolge der Stipulation quanta pecunia ex hereditate ad te pervenerit für jene Forderung gegen den Sohn soviel herausgeben, als sie ihm, dem Vater, werth ist, d. h. soviel als das Peculium des Sohnes beträgt, aus dem der Vater die geerbte Forderung deduciren kann *i*). Ebenso muß der Vater, wenn er aus der Erbschaft die Falcidische Quart abzieht, den Werth jener Forderung nach dem Betrage des Peculiums einrechnen. Wir haben hierüber folgende zwei Gesetze.

**Papinianus** lib. 9 quaest. l. 50 §. 1 D. de peculio.

**Si creditor patrem, qui de peculio tenebatur, heredem instituit, quia mortis tempus in Falcidiae ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.**

**Julianus** lib. 12 Digest. l. 83 D. ad leg. Falc.

**Si creditor filii tui heredem te instituerit, et legis Falcidiae rationem ponas, peculii quantitas, quod aditae hereditatis tempore fuisset, in quadrantem tibi imputabitur.**

---

*h*) §. 2 J. de adquic. per arrog.

*i*) l. 37 pr. D. de peculio. l. 2 §. 6 D. de hered. vend. — Cujacius ad Julianum ad l. 37 cit. T. VI p. 66.

In der Hauptsache stimmen sie vollkommen überein; allein sie widersprechen sich geradezu in der Bestimmung der Zeit, nach welcher der Betrag des Peculiums festgestellt werden soll, indem Papinian auf die Zeit des Todes, Julian auf die der Erbschaftsantretung sehen will. Zur Lösung dieses Widerspruches enthält die Glosse zur l. 50 cit. drei verschiedene Versuche; entweder müsse man annehmen, der Erbe habe gleich beim Tode angetreten, oder das Peculium sey in beiden Zeitpunkten gleich groß gewesen, um die l. 83 cit. zu erklären, oder endlich, es werde auf denjenigen der beiden Zeitpunkte gesehen, welcher den Legataren am günstigsten sey, zufolge 56 D. ad leg. Falc. — Die beiden ersten Erklärungen sind offenbar ganz unbegründete und unpassende Fiktionen. Die dritte aber ist richtig, und von Cujacius *k*) genauer begründet; sie liegt in der l. 56 D. ad leg. Falc.;

Marcellus lib. 22 Digest.

Cum quo de peculio agi poterat, heres creditori exstitit. Quaeris, cujus temporis peculium computari oporteat in Falcidia lege? Plerique putant, quod tunc in peculio fuerit, cum adiretur hereditas, inspiciendum. Ego dubito, quoniam mortis tempus in ratione legis Falcidiae ineunda placuit observari; quid enim interest, peculium servi post mortem creditoris diminutum sit, an debitor pauperior factus? (§. 1) Aliquis dicet, quid ex contrario si ante aditam hereditatem adquisierit servus? et ego quaeram, si debitoris, qui tunc non erat solvendo, ampliatae facultates fuerunt? et cum in isto placuerit ex post facto uberiorem fuisse hereditatem, sicuti cum conditio crediti exstitit post mortem, ita etiam peculii incrementum pleniorem faciet hereditatem.

Wir sehen aus dieser Stelle, daß die römischen Juri-

---

*k*) in quaest. Papin. ad l. 50 §. 1 cit. T. IV p. 181—183. in Dig. Juliani ad l. 83 cit. T. VI p. 66.

sten selbst über unsere Frage nicht ganz einig waren. Die Meisten wollten schlechthin auf die Zeit des Erbschaftsantrittes sehen; allein mit Recht verwarf Marcellus und Papinian diese Ansicht, weil die Falcidische Rechnung im Ganzen nach dem Stande der Erbschaft zur Zeit des Todes gemacht wird *l*). Nur in einer Beziehung läßt Marcellus die Rücksicht auf die Zeit des Erbschaftsantrittes zu, und vereinigt dadurch die Aeußerungen von Papinian und Julian, insoferne nämlich, daß, wenn das Peculium nach dem Tode sich vergrößert hat, dieser Zuwachs den Legataren nützt, und in die Falcidie eingerechnet wird, während die Verminderung des Peculiums dem Erben schadet. Zur Begründung dieses Satzes stellt aber der Jurist die Peculiarschuld derjenigen Forderung gleich, bei welcher der Schuldner im Momente des Todes nicht solvent ist, es aber später wird, wo bekanntlich auch die Mehrung seiner Solvenz den Legataren nützt, während das Insolventwerden eines zur Todeszeit solventen Schuldners dem Erben schadet *m*).

In den betrachteten Gesetzen liegt nun offenbar die fortdauernde Wirksamkeit der Obligation, wenn der Vater den Gläubiger seines Kindes beerbt, daß sie aber nur als **naturalis** fortdaure, ist ebenso nothwendig, als daß, wenn sie aus einem eignen Peculium entstand, im neueren Rechte die **civilis obligatio** fortbesteht. —

Was nun die drei noch übrigen denkbaren Beerbungsfälle anlangt, wenn nämlich der Vater einen Schuldner des Kindes, oder das Kind einen Gläubiger oder Schuldner des Vaters beerbt, so mußte abgesehen von eignen Peculien des Kindes die Forderung erlöschen, weil im ersten Falle der Vater selbst der Gläubiger ist, also seinen Schuldner beerbt, und in den beiden letzten Fällen die Erbschaft durch das Kind dem Vater erworben wird, dieser also wieder Erbe seines Gläubigers oder Schuldners wird. War aber

---

*l*) §. 2 J. ad leg. Falc. l. 30 pr. §. 1—4 l. 73 pr. D. eod.

*m*) l. 22 §. 3 l. 63 §. 1 l. 82 D. ad leg. Falc.

die Forderung des Kindes im ersten Falle eine castrensische, oder fiel die Erbschaft, welche das Kind macht, in das castrensische Gut, so mußte die Forderung als civilis fortdauern, und so auch im neusten Rechte bei jeder Erbschaft des Kindes, da diese nun ein Adventizgut wird.

III. Wenn eine Forderung an Jemand cedirt wird, der mit dem Schuldner durch väterliche Gewalt verbunden ist. Gewöhnlich wird nun zwar behauptet, eine solche Cession sey schlechthin unmöglich und absolut nichtig, und zwar wegen l. 7 D. de O. et A., wo Pomponius sagt:

**Actiones adversus patrem filio praestari non possunt, dum in potestate est filius.**

Allein dabei wird die ganz verschiedene Grundlage und Natur nicht beachtet, welche die Cession im klassischen und im Justinianeischen Rechte hat. Zur Zeit des Pomponius gab es noch keine wahre Cession der Forderung, sondern nur die durch ein mandatum ad agendum künstlich vermittelte cessio oder praestatio actionum, und diese war allerdings an den Vater gegen den Sohn und umgekehrt schlechthin unmöglich, weil zwischen ihnen keine Klage stattfinden konnte. Im neusten Rechte findet dagegen eine wahre Cession der Forderung selbst, ihrem ganzen Umfange nach statt, und wie es hiedurch entschieden möglich geworden ist, eine bloße obligatio naturalis zu cediren *n*), so muß es nun auch zulässig seyn, eine klagbare Forderung unter Verhältnissen zu cediren, welche sie nur als naturalis fortdauern lassen. Die Entscheidung des Pomponius war nur eine Folge der alten Form der Cession, und ist mit dieser verschwunden. Demnach muß jetzt das, was nach l. 37 pr. l. 50 §. 1 D. de pec. gilt, wenn der Vater den Gläubiger des Sohnes beerbt, auch dann gelten, wenn er dessen Cessionar oder Legatar wird, und muß zufolge der Theorie von den Adventizien auch dann angewendet werden, wenn das Kind eine Forderung gegen den Vater cedirt oder legirt erhält.

---

*n*) Mühlenbruch, v. der Cession §. 22.

# Dritte Abhandlung.

## Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und heutigem Rechte.

Unter allen Theilen des römischen Privatrechtes ist das Obligationenrecht derjenige, welcher als der vollendetste betrachtet werden muß, und die allgemeinste am wenigsten durch nationale Rechtsinstitute modifizirte Reception in Deutschland gefunden hat, so daß in den seit dem sechszehnten Jahrhunderte entstandenen Particularrechten das Recht der Forderungen in der Regel ganz übergangen ist, und auch in den seit dem vorigen Jahrhunderte in den drei größten deutschen Ländern erlassenen allgemeinen Gesetzbüchern dieser Theil des Rechts weit mehr, als die übrigen aus dem römischen Rechte genommen erscheint. Aber ein Grundprincip des römischen Obligationenrechtes ist in Deutschland entschieden verworfen worden — die Nothwendigkeit der Stipulation für die Klagbarkeit der Verträge. Mit diesem Grundprincipe fallen nothwendig eine Reihe von Folgesätzen desselben, und es erscheint somit eine genaue Feststellung des römischen Grundprincipes nach seinen Gründen und Folgen als die unerläßliche Vorbedingung für die richtige Anwendung des römischen Obligationsrechtes bei uns. Gleichwohl ist dieser Punkt von unsern theoretischen und praktischen Schriftstellern auffallend vernachläßigt worden, so daß noch jetzt über eine Reihe der wichtigsten hieraus resultirenden Fragen die größte Meinungsverschiedenheit stattfindet, wie z. B. über folgende: Haben wir noch Realcontrakte? Bei welchen Verträgen findet die sogenannte **exceptio non adimpleti contractus** statt? Welchen Einfluß hat es auf die Gegenleistung, wenn die eine Lei-

stung durch casus unmöglich wird? Welche Natur haben die sogen. Innominatcontracte? Findet insbesondere noch jetzt bei ihnen das sogen. Reurecht statt? ꝛc. ꝛc. Wenn nun hier ein Versuch gemacht wird, die Theorie von der Klagbarkeit der Verträge zu erörtern, so ist es nicht auf eine vollständige Erschöpfung aller einzelnen Folgesätze, sondern hauptsächlich auf eine Entwicklung des Princips abgesehen. Die Gründe, aus welchen das römische Recht in der Regel die Stipulation forderte, in gewissen Fällen aber doch Ausnahmen zuließ, will ich nachzuweisen streben, weil sie mir in unserer Literatur zu wenig beachtet erscheinen *a*). Dabei glaube ich denn mehr darauf Bedacht nehmen zu müssen, daß die innere Consequenz meiner Ansicht klar hervortrete, als daß ich die ohnehin bekannten und im Einzelnen auch schon oft zusammengestellten Meinungsverschiedenheiten über die einzelnen Streitfragen aufzähle. Wenn daher diese Abhandlung arm an Demjenigen erscheint, was man den gelehrten Apparat zu nennen pflegt, so fürchte ich deßhalb um so weniger Vorwurf, als ich durch die beiden ersten Abhandlungen gezeigt zu haben glaube, daß mir die civilistische Literatur nicht ganz fremd ist, und daß ich

*a*) Neuerdings hat zwar Roßhirt in seiner Zeitschrift B. 3 H. 2 eine ziemlich umfassende Abhandlung über das Vertragssystem der Römer und die Neueren bekannt gemacht. Allein theils hat auch er gerade die Gründe des römischen Systems zu wenig erörtert, theils weicht meine Auffassung von der seinigen so entschieden ab, daß ich mich nicht veranlaßt fand, von der Veröffentlichung meiner Abhandlung abzustehen, welche vor dem Erscheinen der seinigen im Wesentlichen vollendet war. Diese gänzliche Verschiedenheit der Grundanschauung und Methode rechtfertigt mich wohl auch, daß ich auf die Roßhirt'sche Abhandlung nicht noch nachträglich mehr Rücksicht genommen habe, als geschehen ist. Derjenige von uns beiden, welcher Unrecht hat, ist durch den andern materiell widerlegt, und das sachverständige Publicum wird hierüber entscheiden, auch ohne daß wir uns formell bekämpfen. Seinem Urtheile unterwerfe ich mich willig.

die Nothwendigkeit ihrer möglichst vollständigen Beachtung bei Detailfragen anerkenne.

§. 1.

Die Theorie des römischen Rechtes über die Klagbarkeit der Verträge ruht auf dem Grundsatze, daß der bloße Consens der Parteien nicht hinreicht, eine obligatio zu begründen, daß hiezu vielmehr eine bestimmte Form, in der Regel die Stipulation, erforderlich sey. Hierüber ist man einig; aber die Erklärung dieses Satzes übergieng man häufig ganz, oder begnügte sich mit der Bemerkung, daß sich bei allen Völkern in den ältesten Zeiten das Recht durch vielfache Formen gewissermaßen verkörpert habe, daß dies ganz besonders bei den Römern in Folge einer gewissen in ihrem Charakter gelegenen Starrheit und Pedanterei der Fall gewesen sey, und daß sie nach ihrer ängstlichen Anhänglichkeit an ihr altes Civilrecht diese Formen genauer und länger bewahrt hätten, als andere Völker, wobei dann das Aufgeben des Stipulationswesens im kanonischen und deutschen Rechte als nothwendige Wirkung der christlichen Principien und der deutschen Ehrlichkeit betrachtet wurde. Das Unzulängliche dieser Auffassung muß aber schon durch die Betrachtung klar werden, daß wenigstens alle wichtigeren Formen des alten Rechts der Quiriten, namentlich ihres Prozesses, von einem lebendigen Gedanken beseelt, und als der durch den höchst praktischen Sinn der Römer geformte Ausdruck eines materiellen Rechtsprincipes erscheinen, daß daher auch mit der Fortbildung, welche die Aufnahme des jus gentium in das Rechtsleben brachte, jene Formen sich änderten oder ganz verschwanden. Ganz besonders tritt dies bei demjenigen Rechtsverhältnisse hervor, welches neben der Forderung das zweite Hauptelement des Privatrechtes bildet, bei dem Eigenthume. Auch dieses war im alten Rechte durch eine Menge scheinbar sehr künstlicher, aber das innerste Wesen des jus Quiritium ausprägender Formen getragen, welche vor der Umgestaltung des Eigen-

thumsbegriffes durch das jus gentium weichen müßten, so daß an die Stelle der in jure cessio und mancipatio die einfache traditio, an die Stelle der legis actio sacramento mit der alten vidicatio durch die Uebergangsformen der sponsio und formula petitoria zuletzt die formlose vindicatio des neusten Rechtes trat. Wenn nun dagegen demungeachtet die dem Eigenthume so analog behandelte Forderung, welche durch die Aufnahme der obligationes naturales demselben Einflusse des jus gentium unterworfen wurde, wie das Eigenthum durch die Ausbildung des dominium bonitarium, bis in das neuste Recht unverändert ihren altformellen Grundtypus in der Stipulation behielt, so muß diese Form nothwendig der Ausdruck eines inneren Princips des Forderungsrechtes gewesen seyn, und so tief begründet in der praktischen Bedeutung der obligatio, daß sie selbst dem Einflusse des jus gentium auf den Forderungsbegriff widerstand. Diese Bedeutung der Stipulation muß daher auch der Schlüssel zum Verständnisse des römischen Vertragsrechtes seyn, und insbesondere die Ausnahmsfälle erklären, in welchen selbst ohne Stipulation eine Klage entstand. Dagegen kann denn auch nicht in Betracht kommen, daß wir in den Quellen keine Stelle haben, welche die Gründe des Stipulationswesens besonders entwickelt; denn dies ist begreiflich bei einem Institute, welches in dem gesammten Rechtsbewußtseyn der Nation wurzelte, und überdies liegen sie in dem reichen Detail des Obligationenrechtes, vorzüglich aber in dem Prozesse der Römer hinreichend ausgeprägt.

In dem ganzen Prozeßverfahren der Römer tritt uns überall das Bestreben entgegen, den Gegenstand des Streites in eine möglichst einfache und bestimmte Frage zu concentriren, so daß die richterliche Entscheidung wo möglich nur in einer Bejahung oder Verneinung zu bestehen brauchte. Am vollständigsten drückt sich dies in der ältesten und anfänglich einzigen Prozeßform, der legis actio sacramento, aus, in welcher der eigentliche Streitgegenstand in die höchst einfache

und bestimmte Auslobung des sacramentum verwandelt wurde, so daß das Urtheil sich nur darüber auszusprechen hatte, cujus sacramentum justum sit. Aber auch als man neben diese Prozeßart wohl wegen der allzugroßen Gefahr der Plurispetition wenigstens für die persönlichen Klagen andere legis actiones stellte, da schied man die auf ein certum gerichteten Klagen von den übrigen aus, und bestimmte für sie das Verfahren per condictionem. In dem Formularprozesse endlich erkennen wir jenes Bestreben in der ganzen Einrichtung der Formeln. Die condemnatio wurde von der intentio, wie von einer Bedingung abhängig gemacht, und in dieser der Streitgegenstand nach Inhalt und Umfang möglichst bestimmt bezeichnet. Die Verurtheilung selbst mußte immer auf certa pecunia gerichtet werden, und jenachdem das Streitobjekt, also auch die intentio, eine größere oder geringere Bestimmtheit hatte, so daß die Summe der etwaigen Condemnation in diesem Theile der Formel schon im Voraus bestimmt werden konnte, wurden alle Formeln, welche überhaupt eine condemnatio enthielten, in zwei Klassen gebracht, in certae und incertae, eine Eintheilung, welche Gajus IV §. 48 sq. als eine höchst wichtige sehr ausführlich behandelt. Bei der formula certae pecuniae durfte der Richter weder auf mehr noch auf weniger als die in der Formel enthaltne Summe verurtheilen, widrigenfalls er litem suam faciebat. Bei der formula incerta mußte er die Summe der Verurtheilung durch Aestimation des in der intentio bezeichneten Objektes finden, wobei dann entweder schon in der condemnatio ein höchster Betrag angegeben war, über welchen die Aestimation nicht hinausgehen durfte, sogen. formula cum taxatione, oder durch die Worte quanti ea res erit alles seinem Ermessen überlassen wurde, sogen. formula infinita. Immer aber durfte der Richter bei der formula incerta seine Aestimation nur auf die in der intentio ihm vorgezeichneten Anhaltspunkte stützen, und es blieb auch für diese Klagen das Bestreben, den Streitge-

genstand möglichst genau in der intentio zu bestimmen. Hiefür war es aber von dem größten Einflusse, ob der eingeklagte Anspruch aus einem strengeinseitigen nur den Kläger berechtigenden Rechtsverhältnisse entsprang, oder aus einem zweiseitigen, welches die gleichmäßige Berücksichtigung der gegenseitigen oder gemeinschaftlichen Ansprüche der Parteien erforderte; im ersten Falle war das Streitobjekt, mochte es sich auch von der certa pecunia noch so weit entfernen, ja sogar etwa in einem facere bestehen, doch immer weit bestimmter, und die richterliche Aestimation in weit engere Gränzen eingeschlossen, als in dem zweiten. So bildete sich denn eine erweiterte Bedeutung des certum, wornach es die Einseitigkeit des Anspruchs bezeichnet, und darauf gestützt die Sonderung der judicia und arbitria bei Cicero, oder der actiones stricti juris und bonae fidei im klassischen Rechte, und doch wieder die Sonderung der ersten, oder der condictiones, in condictiones certi und incerti *b*), woraus sich denn auch erklärt, daß Gajus IV, §. 62 sq. unmittelbar an die Untersuchung über formulae certae und incertae die Darstellung der bonae fidei judicia anreiht. Diese Erweiterung der in der intentio angestrebten Bestimmtheit des Objektes von der pecunia zur res certa und endlich zur Einseitigkeit des Anspruches war eine nothwendige Folge des sich immer reicher und mannichfaltiger entwickelnden Rechtslebens, welches die Beschränkung auf die pecunia so wenig mehr vertrug, daß zuletzt selbst der Grundsatz, die Verurtheilung könne nur auf baar Geld gerichtet werden, erst durch die arbitrariae formulae gemildert und endlich ganz aufgegeben werden mußte, wodurch denn für die con-

---

*b*) Da alle diese Lehren hier nicht erörtert, sondern nur benützt werden sollen, so verweise ich für ihre Begründung auf Gans, über römisches Obligationenrecht, S. 9 ff., dessen Ansichten ich im Wesentlichen vollkommen theile, und für diese Abhandlung als bekannt voraussetze. —

demnatio dieselbe Fortbildung gewonnen war, welche für die intentio in der condictio incerti lag.

Wie nun nach diesen Andeutungen das Bestreben des römischen Prozesses nach möglichster Einfachheit und Bestimmtheit des Streitobjekts und der Urtheilsfrage nicht verkannt werden kann, so liegen auch die Gründe dieses Strebens sehr nahe. Je genauer der ganze Anspruch der intentio bezeichnet war, welche die formelle Grundlage des Prozesses bildete, um so sicherer, einfacher und schneller mußte das Verfahren, insbesondere die Beweisführung *c*), in judicio werden, um so leichter die Entscheidung; um so mehr war aber auch die Willkühr oder das Ermessen des Richters ausgeschlossen, und diese Ausschließung, mögen wir sie nach unserm Standpunkte für vortheilhaft oder nachtheilig halten, die kräftige Jugendzeit der Völker hat in ihr immer ein Palladium ihrer Freiheit gesehen. Sie tritt uns in den alten Volksrechten der Germanen entgegen, sie lebt noch jetzt in dem am Buchstaben hängenden Rechtsgange der Gerichtshöfe Altenglands, sie durchzieht aber ganz besonders das Recht der Quiriten. Daher stammt die fast ausschließlich grammatische Gesetzesinterpretation der ältern Zeit, daher die Trennung des Prozeßverfahrens in jus und judicium, und jenes streng formelle Begründen und Begränzen der Richterthätigkeit durch das Verfahren vor dem Magistrate.

Diese Richtung des römischen Prozesses mußte aber nothwendig in dem Civilrechte selbst seine Begründung finden, da die prozessualischen Formen und Gestaltungen naturgemäß nur die Träger der materiellen Rechtsprincipien seyn können, namentlich aber bei den Römern auch waren, deren Civilprozeß immer in der innigsten Verbindung mit dem Privatrechte selbst stand, und sich mit diesem gleichmäßig entwickelte. So führt uns denn unsere Untersuchung

---

*c*) Auch wir streben nach einer solchen bestimmten Grundlage durch die Rechtskraft unserer Beweis-Interlocute.

auf die Frage, inwiefern die Natur der einzelnen Privatrechtsverhältnisse es gestattete, den Klagen jenen Charakter der Bestimmtheit und Einfachheit zu geben. Das Privatrecht zerfällt aber bekanntlich in zwei Theile, in das Familien- und Vermögensrecht. Was nun zunächst die Klagen aus den Statusverhältnissen des Familienrechtes anlangt, so haben sie jenen Charakter ihrer Natur nach. Ob ein von einer bestimmten Person behaupteter status vorhanden sey, oder nicht, diese ganz bestimmte und einfache Frage ist es, welche durch das praejudicium entschieden werden soll, und darum bestand die formula hier sogar nur in einer intentio, d. h. in der Aufstellung jener Frage *d*). Die aus den Vermögensverhältnissen hervorgehenden Rechte zerfallen bekanntlich wieder in zwei Klassen, die wir dingliche und persönliche nennen. Die prozessualische Verfolgung der ersten geschieht durch die actiones in rem, und hat mit der Geltendmachung der status durch praejudicia in soferne die größte Aehnlichkeit *e*), daß es lediglich auf die Entscheidung der einfachen und bestimmten Frage ankommt; ob das behauptete dingliche Recht bestehe oder nicht, wobei dann eine genaue Bezeichnung des in Anspruch genommenen Gegenstandes von selbst nothwendig war. Auf welche Weise das eingeklagte Recht entstanden war, galt gleich, weil das dingliche Recht immer ein und dasselbe ist, es mag entstehen, wie es will; darum hatte hier auch die formula keine demonstratio, und der Entstehungsgrund kam nur im Beweisverfahren zur Sprache, welches wieder deßhalb, weil die Erwerbarten der dinglichen Rechte namentlich in der alten Zeit in sehr bestimmt ausgeprägten und meist förmlichen Thatsachen bestanden, sehr erleichtert war *f*). Gegenan-

---

*d*) Gaj. IV, 44. *e*) Daher sagt auch Justinian in §. 13 J. de act. Praejudicia in rem esse videntur.

*f*) Offenbar beruhten die in jure cessio, mancipatio, cretio hereditatis außer andern Motiven auch auf dem Streben, die gerichtliche Verfolgung der Rechte, ihren Beweis zu erleichtern.

sprüche des Beklagten waren nach der Natur dieser Rechtsverhältnisse nicht zulässig, und als man wegen Verwendungen die **doli exceptio** gestattete, veränderte dies die Bestimmtheit des Klaganspruches in keiner Weise.

Betrachten wir dagegen die persönlichen Rechte oder Obligationen, so tritt hier die Eigenthümlichkeit ein, daß sie nicht, wie die dinglichen Rechte, einen ein für allemal gleichen Inhalt und Charakter haben, sondern durchaus individueller Natur sind. Aus ihrem jedesmaligen Entstehungsgrunde erhält die Obligation Inhalt und Bedeutung, und ist darum, jenachdem sich jener anders gestaltet, selbst eine andere, weßhalb denn auch die **formula** der persönlichen Klage eine den Entstehungsgrund der Forderung beschreibende **demonstratio** erhielt *g*). Demnach kann auch die Frage, ob die Forderungen jenem prozessualischen Streben nach Einfachheit und Bestimmtheit ihrer Natur nach entsprachen, nur mit Unterscheidung der verschiedenen Entstehungsgründe der Forderungen beantwortet werden. Forderungen entstehen aber entweder aus gesetzlicher oder letztwilliger Bestimmung, oder aus Delikten, oder aus Verträgen. Daß die Forderungen aus Gesetzen einseitig und möglichst bestimmt waren, und nach der Natur der Gesetze seyn mußten, hat schon Gans S. 10 nachgewiesen, der nur in sofern zuweit geht, daß er behauptet, sie seyen immer auf das **dare** eines **certum** im eigentlichen Sinne gerichtet gewesen, da es ja doch auch gesetzliche Forderungen giebt, bei welchen eine **aestimatio** nothwendig ist. Die aus letztwilligen Bestimmungen entstehenden Forderungen trugen aber denselben Charakter, nicht blos wegen der Gleichstellung des Testaments mit dem Gesetze, sondern weil das Vermächtniß seinem Begriffe nach nur den Onerirten verpflichtet, und diesen zu einer in dem letzten Willen möglichst genau zu bezeichnenden Leistung. Bei Delikten tritt ihrer Natur

---

*g*) **Gaj. IV, §. 2, 3. l. 14 §. 2 D. de exc. rei jud.**

Natur nach etwas Aehnliches ein; sie verpflichten nur den Delinquenten, und geben somit der Forderung wenigstens die in der Einseitigkeit liegende Bestimmtheit, den Charakter der stricti juris obligatio, wenn auch gleich ihr Gegenstand oft noch einer aestimatio bedarf.

Ganz anders erscheinen uns nun aber ihrer Natur nach die Verträge, conventiones. So wie ihr Begriff im jus gentium liegt, sind sie die ganz frei beweglichen Träger des Verkehrs nach allen seinen Richtungen, und darum eben so unbestimmt und mannichfaltig, als die übrigen Forderungen schon um ihres Entstehungsgrundes willen einfach und wenigstens in gewissem Grade bestimmt sind. Zwar giebt es allerdings mehrere Verträge, die schon ihrem Begriffe nach streng einseitig, und auf einen absolut bestimmten, jede aestimatio sogar ausschließenden Gegenstand gerichtet sind, wie das Darlehen; aber die meisten haben diesen Charakter nicht. Den mannichfaltigsten wechselseitigen Bedürfnissen des Verkehrs, ja den Launen und Grillen der Contrahenten durch das völlig schrankenlose Princip des Consenses sich anschmiegend, können sie nicht blos den Charakter der völligen Zweiseitigkeit, sondern auch der Unbestimmtheit des Gegenstandes bis zu einem Grade annehmen, welcher die Entscheidung eines aus ihnen hervorgegangenen Rechtsstreites lediglich in das arbitrium des Richters im ausgedehntesten Sinne legt. Hier also finden wir die natürliche Gestaltung der Rechtsverhältnisse jenem prozessualischen Bedürfnisse und Erstreben der möglichsten Bestimmtheit und Einseitigkeit des klagbar zu verfolgenden Anspruches nicht entsprechend, und hierin liegt der Schlüssel zum Verständnisse der römischen Theorie von der Klagbarkeit der Verträge. Der unbegränzten Freiheit und Willkühr der Parteien, welche sich aus dem auf den bloßen Consens gestützten Begriffe des Vertrages ergab, mußten gewisse Schranken gesetzt werden, durch welche die Contrahenten gezwungen wurden, den Forderungen jene Einseitigkeit und Bestimmtheit zu geben, welche das prozessualische Bedürfniß

forderte, und diese Schranken sind jene Formen, in welche der Consens gebracht werden mußte, ohne welche er wirkungslos war. Freilich vertrug aber der Verkehr und der Reichthum des Lebens diese Schranken nicht überall, und so erklärt es sich, daß schon in der ältesten Zeit Ausnahmsfälle vorkommen, in welchen der Consens nicht in jene Fesseln geschlagen, sondern in seiner natürlichen Freiheit gelassen ward, und daß diese Ausnahmsfälle im Laufe der Zeit sich vermehrten. Der erstarkende Einfluß des **jus gentium** aber hatte die Folge, daß man jenes Grundprincip selbst wegen seines großen praktischen Werthes zwar nicht aufgab, wohl aber dem Vertrage in seiner natürlichen Gestalt, also dem bloßen Consense, doch auch gewisse, ich möchte sagen, außerprozessualische Wirkungen in der Entwicklung der klaglosen **obligatio naturalis** beilegte, und zuletzt sogar ein Mittel erfand, den Mangel der klagebegründenden Form bei Eingehung des Vertrages nachträglich zu ersetzen, in der Theorie der **actio praescriptis verbis**. Dies Alles wird nun genauer zu entwickeln seyn.

Die Geschichte des römischen Rechtes zeigt uns drei verschiedene Formen, durch deren Anwendung bei Eingehung eines Vertrages die Klagbarkeit begründet werden konnte, das **nexum**, die **literae** bei dem sogenannten **nomen transscripticium**, und die **stipulatio**. Die beiden ersten sind im spätern Rechte verschwunden; deßhalb sind auch die Nachrichten über sie in den Quellen dürftig, und die Ansichten unserer Juristen verschieden. Ganz besonders ist dies bei dem **nexum** der Fall; doch bezieht sich der Streit hier mehr auf die für unsern Zweck weniger bedeutende Anwendung des **nexum** auf Personen als Sicherungs- und Executionsmittel *h*). Das **nexum** als Vertragsform bezeichnen uns F e s t u s und V a r r o als **quodcunque per aes**

---

*h*) Neuerdings Savigny, über das altrömische Schuldrecht. Berlin 1834. Bethmann-Holweg, Prozeß §. 26—29. Walter, Rechtsgesch. S. 641 ff. Scheurl, vom Nexum. Erlangen 1839.

et libram agitur *i*), so daß dann die mancipatio als eine Art des nexum erscheint. Nimmt man nun dazu noch den Satz der 12 Tafeln: cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto *k*), so erkennen wir, daß die Form des nexum darin bestand, daß unter Zuziehung von fünf Zeugen und dem libripens Geld in der Waage abgewogen, und die rechtliche Bedeutung und Wirkung des Geschäftes zugleich in bestimmten, solennen Worten, nuncupatio, festgestellt wurde. Daß diese Form auch außerhalb des Kreises der eigentlichen Obligationen anwendbar war, ist klar, und daß sie auch wirklich als mancipatio bei der Eigenthumsübertragung, Testamentserrichtung, und in den Verhältnissen des Personenrechtes angewandt wurde, ist bekannt. In der Beziehung auf Obligationen, welche man das nexum im engern Sinne nennen könnte, kommt sie aber in einer doppelten Anwendung vor, zur Begründung und zur Tilgung einer obligatio, oder als nexi datio und nexi liberatio *l*). Daß mithin das nexum nicht ein bestimmter einzelner Vertrag, sondern eine auf mehrere Verträge anwendbare Form war, bedarf keines weitern Beweises, und ist auch allgemein angenommen; schwierig aber bleibt die Frage, auf welche Verträge das nexum angewendet werden konnte, und hierüber ist man auch bis jetzt nicht einig *m*). Ueber den Umfang der nexi liberatio haben wir ein bestimmtes Zeugniß bei Gajus III, 173 — 175, wornach dieselbe anwendbar war bei den Obligationen, welche aus einer nexi datio, einem Urtheile oder einem Damnationslegate, sofern dies letztere

---

*i*) Festus s. v. nexum. Varro, de l. l. VI. 5. Cicero, de orat. 3, 40. Scheurl, S. 7. Tigerström R.G. §. 118.

*k*) Festus s. v. nuncupata. Cicero de orat. I, 57.

*l*) Festus s. v. nexum sagt: Quo in genere sunt haec: testamenti factio, *nexi datio*, *nexi liberatio*.

*m*) Schweppe, Rechtsgeschichte §. 301 a. Tigerström §. 118. Scheurl S. 11 ff.

auf ein certum gieng, entstanden waren. Der Umfang der nexi datio erhellt hieraus freilich auch nicht geradezu, aber doch läßt sich hieraus mit Bestimmtheit ableiten, daß der Gegenstand der nexi obligatio immer ein certum im engern Sinne seyn, und zwar nach der strengsten und wohl ursprünglichen Auffassung in baarem Gelde bestehen mußte. Das debitum ex causa judicati war ja bekanntlich immer auf baar Geld gerichtet; das Damnationslegat stellt aber Gajus dem nexum nur dann gleich, wenn es ein pondere, numero constans certum enthielt, und führt als eine nur von Manchen vertheidigte, also jedenfalls neuere ausdehnende Meinung an, daß die nexi liberatio auch bei einem Legate Dessen, quod mensura constat, zuläßig sey; da nun pondus und numerus die zwei Formen des römischen Geldes waren, so ist der Charakter des nexum als Geldschuld klar. Dies wird auch durch die von Gajus in §. 174 angegebene Formel der nexi liberatio bestätigt, welche ausdrücklich eine Geldschuld enthält, und sie durch Geldwägen tilgt. Dem Allen scheint es entsprechend, daß ursprünglich vorzüglich das reinste Geldgeschäft, das Darlehen, als nexum vorkam, und darauf gehen auch folgende Worte des Festus: nexum aes apud antiquos dicebatur pecunia, quae per nexum obligatur. Sodann sind aber gewiß auch solche Geschäfte, bei welchen nicht gerade empfangenes Geld zurückgezahlt werden sollte, als nexa eingegangen worden, wenn dabei nur eine bestimmte Geldleistung eintrat, oder unter gewissen Voraussetzungen eintreten konnte; natürlich war hiebei dann eine genaue Begränzung dieser Voraussetzungen nöthig, und dies scheint die Bestimmung der nuncupatio gewesen zu seyn; diese gab dem Geschäfte seinen eigentlichen Inhalt, der formell durch das nexum zur obligatio wurde. Sehr wahrscheinlich wird demnach die Idee von Hugo und Savigny, welche in dem nexum in seiner erweiterten Anwendung ein symbolisches Darlehen erblicken. Soviel aber darf aus den angeführten Quellenäußerungen mit Bestimmt-

heit abgeleitet werden, daß die nexi obligatio den Charakter der Einseitigkeit und Bestimmtheit trug, weil ihr sonst unmöglich die Schuld aus dem Judicate und Damnationslegate hätte gleichgestellt werden können, und für entschieden verfehlt halte ich daher die Idee von Scheurl, der gerade die spätern bonae fidei negotia in das Gebiet der nexa stellen will. Er verwechselt dabei die bei der Erfüllung dieser Geschäfte, soferne sie auf Eigenthumsübertragung einer Sache gerichtet sind, vorkommende Anwendung des aes et libra mit der Begründung einer obligatio, also die außerhalb des Obligationenrechts liegende Anwendung der Form des nexum, die nicht einer nexi datio, sondern mehr einer nexi liberatio ähnlich ist, mit dem eigentlichen nexum. Daß die Eingehung eines Kaufes als nexum geschehen sey, ist in den Quellen nirgends gesagt, oder auch nur angedeutet, und nur, wenn der Kaufpreis creditirt ward, erscheint es nach dem Obigen denkbar, ihn zu einer nexi obligatio zu machen, die dann offenbar eine selbstständige und einseitige war. Scheurl stützt seine Idee hauptsächlich auf die nuncupatio, in welcher er dieselbe Biegsamkeit des nexum finden will, welche später das Wesen der bonae fidei negotia ausmachte. Allein jene nuncupatio enthielt wohl nur die Angabe der Gründe für die pecunia per nexum obligata, und kann jedenfalls auch bei einseitigen Forderungen gedacht werden, wie sie denn Scheurl selbst gerade beim Darlehen hervorhebt. Besonders gegen Scheurl spricht aber selbst dasjenige Beispiel, welches er als das beste für seine Idee nennt, das Testament; denn die durch ein Testament begründeten Obligationen sind bekanntlich streng einseitig, und nie in den Kreis der bonae fidei negotia gezogen worden. Dem Allen zufolge ist es daher auch nicht zu gewagt, wenn man in dieser nuncupatio die Quelle der stipulatio sieht *n*), welche aus dem nexum in der Art hervorgegangen seyn

*n*) Ohne Angabe von Gründen verwirft dies Tigerström §. 119.

dürfte, daß man die symbolische Gestalt des Darlehens wegließ, und aus der nuncupatio, welche, wie beim Testamente der Verpflichtende, so beim eigentlichen nexum wohl der Gläubiger aussprach, die Stipulationsfrage machte; das wirkliche Darlehen trat nun natürlich neben die stipulatio, und bedurfte dieser nur noch zur Begründung der Zinspflicht, welche früher durch die nuncupatio mitbegründet werden konnte; als eine Erinnerung an die ursprüngliche Verbindung aber erscheint es dann, daß fortwährend die pecunia data und stipulata nebeneinander genannt werden. Sey dem nun aber, wie ihm wolle, soviel geht aus den Angaben unserer Quellen über das nexum klar hervor, daß es dem oben geschilderten Bedürfnisse der Rechtspflege nach Einseitigkeit und Bestimmtheit der obligatio vollkommen entsprach.

Dasselbe gilt von den literae, deren Charakter als Form zur Begründung von Obligationen jetzt durch die Nachrichten bei Gajus III, §. 128 — 134 und Savigny's Untersuchungen hinreichend festgestellt ist. Daß die literarum obligatio immer eine einseitige war, daß sie überdies immer auf eine bestimmte Summe Geldes gerichtet war, ist unverkennbar aus der Form expensum tibi fero *nn*). Daher konnten auch die ihrer Natur nach zweiseitigen Geschäfte, wie Kauf, Miethe, Gesellschaft nicht auf diese Weise eingegangen, sondern es konnte nur die aus einem solchen Geschäfte begründete Schuld in eine literarum obligatio verwandelt werden, weßhalb dann diese auch nomen transcripticium heißt. In dieser Weise konnte aber gewiß jeder einseitige Anspruch, sey es nun aus einem an sich einseitigen Obligationsgrund oder als einzelne Wirkung aus einem zweiseitigen Geschäfte zu einer literarum obligatio gemacht werden. Wie bei dem nexum die gesprochenen, so gaben hier die geschriebenen Worte der ganzen obligatio ihren Inhalt und Umfang, und bildeten die einzige Ent-

---

*nn*) Gaj. III, 137.

scheidungsquelle für den Richter, verliehen mithin der Obligation den Charakter des **strictum jus**, und die Klage konnte nur die **condictio** seyn, und zwar in ihrer engsten und eigentlichen Bedeutung die **condictio certi**.

Eine genauere Betrachtung fordert nun die **stipulatio** als die allgemeine noch im Justinianeischen Rechte die Regel bildende Vertragsform. Sie wird uns in den Quellen als eine in solennen Worten geschehende und genau harmonirende Frage und Antwort beschrieben *o*). Derjenige, welcher berechtigt werden soll, stellt die Frage, in welcher er den Gegenstand der zu begründenden **obligatio** möglichst genau bezeichnet, und derjenige, welcher verpflichtet werden soll, antwortet ihm bejahend. Diese Antwort kann entweder in einem einfachen Ja, oder in der Wiederholung der ganzen Frage bestehen. Im ersten Fall wird regelmäßig das zur Frage gebrauchte Zeitwort wiederholt, also: **spondes? spondeo; dabis? dabo; promittis? promitto; facies? faciam**; eine Vertauschung der Worte war unzulässig, und wenn daher auf die Frage **spondes?** geantwortet wurde **promitto**, oder auf **dabis? spondeo**, so war die ganze Stipulation ungültig. Die einfache Bejahung konnte übrigens nicht blos durch Wiederholung des Zeitwortes, sondern auch durch andere Ausdrücke, z. B. **quidni, utique**, geschehen, niemals aber durch ein bloßes Zeichen ohne Worte, wie etwa ein Kopfnicken *p*). Gesprochen mußte von beiden Seiten werden, und darum konnte weder unter Abwesenden, noch von einem Tauben oder Stummen eine Stipulation geschlossen werden, und wenn der Fragende die Antwort nicht mehr hörte, weil er etwa weggegangen war, so galt die Stipulation nicht *q*). Soll da-

---

*o*) Gajus III, 92. pr. J. de V. O. l. 1 §. 7 D. de O. et A. l. 5 §. 1 D. de V. O.

*p*) l. 1 §. 2 D. de V. O.

*q*) Gaj. III, 105. §. 7 J. de inut. stip. l. 1 pr. D. de V. O. — l. 3 C. de inut. stip.

gegen die Stipulation durch Wiederholung der ganzen Frage geschlossen werden, so darf nicht die geringste Abweichung eintreten; jede Veränderung in den Worten, jeder Zusatz, der eine Modifikation des Gegenstandes, eine Bedingung, Zeitbestimmung oder irgend andere Beschränkung enthält, vernichtet die ganze Stipulation; und wenn die Abweichung in der Antwort eine Erweiterung des Gegenstandes enthält, so jedoch, daß der Inhalt der Frage doch auch in der Antwort liegt, oder eine Verminderung, so jedoch, daß der Inhalt der Antwort doch auch gerade so in der Frage liegt, gilt die Stipulation zwar, aber nur soweit, als die Frage und Antwort übereinstimmen, z. B. wenn die Frage zehn, die Antwort zwanzig, oder umgekehrt, oder die Frage den Sklaven Pamphilus, die Antwort den Pamphilus und Stichus, oder umgekehrt enthält, so gilt die Stipulation nur für zehn oder den Pamphilus allein *r*). Was die Sprache anlangt, so konnte ursprünglich nur die lateinische gebraucht werden, und dabei war die Formel **spondes? spondeo** nur für **cives**, jede übrige auch für Peregrinen wirksam; später wurde aber der Gebrauch jeder Sprache gestattet, welche den beiden Theilen geläufig war, und zwar mit solcher Freiheit, daß sogar die Frage in der einen, die Antwort in einer andern Sprache gefaßt werden konnte *s*). Noch weiter gieng zuletzt Kaiser Leo, indem er verordnete, es solle auf den Gebrauch der hergebrachten, oder überhaupt bestimmter Worte gar nicht mehr ankommen, sondern nur, wie es Justinian ganz richtig auffaßt, auf den **consonans intellectus ab utraque parte** *t*). Die auf diese Weise abgeschloßne Stipulation wurde sehr häufig in eine Skriptur gebracht; dies war aber weder nothwendig, noch konnte es das Aussprechen der Worte ersetzen; es diente also nur zum Be-

---

*r*) l. 1 §. 3—5. l. 83 §. 2—4 D. de V. O.

*s*) Gaj. III, 93. §. 1 J. de V. O. l. 1 §. 6 D. eod.

*t*) l. 10 C. de contr. stipul. §. 1 J. de V. O.

weise. In dieser Beziehung genügte es aber schon, wenn auch nur der Schuldner schrieb, daß er die sponsio vorgenommen habe, und es wurde hieraus gefolgert, daß die Frage des Gläubigers gehörig vorausgegangen sey *u*).

Faßt man alle diese Sätze ins Auge, so ist klar, daß die Stipulation nicht als eine bloße Folge römischer Pedanterei und Lust an Formen betrachtet werden kann. Selbst für die Zeit, da die Beobachtung der solennen Worte noch nothwendig war, zeigen uns die Quellen durch eine von aller Pedanterei freie Behandlung der Stipulation ihre materielle Bedeutung. Die Frage und Antwort müssen sich ohne Unterbrechung folgen, continuus actus esse debet; aber das hindert nicht, daß aliquid momentum naturae intervenire potest, und wenn daher der Gefragte einen Augenblick weggeht, dann zurückkehrt, und antwortet, so gilt die Stipulation. Die Continuität soll daher nur, wie die unitas actus bei Testamenten, die Sicherheit und Bestimmtheit der Einwilligung vor jeder fremden störenden Einwirkung bewahren, und daher ist die Stipulation ungültig, wenn der Gefragte vor der Antwort aliud acceperit, d. h. ein anderes Geschäft abschloß oder betrieb *v*). Bei zweideutigen Ausdrücken soll der Sinn angenommen werden, durch welchen die Stipulation aufrecht erhalten wird, und daher gilt z. B. eine auf Getreide ohne nähern Beisatz gerichtete Stipulation, wenn nur die Redenden eine

---

*u*) l. 30. l. 134 §. 2 D. h. t. l. 92. D. de R. J. l. 1. l. 14 C. h. t. Mit Unrecht folgert daher Roßhirt S. 186 not. 86 aus diesen Stellen, daß auch ein Stummer oder Tauber im spätern Rechte ein Verbalgeschäft habe vornehmen können. Justinian sagt ja auch das Gegentheil in §. 7 J. de inut. stip. noch für seine Zeit. vgl. auch Pauli, sent. rec. V, 7 §. 2. — §. 8 J. de fidejuss. Marezoll, in Linde's Zeitschrift, B. 3. S. 276. —

*v*) l. 1 §. 1 l. 137 pr. D. de V. O. l. 6 §. 3 D. de duob. reis. l. 13 D. de solut. Statt des aliud acceperit in l. 137 pr. cit. könnte man wohl lesen: aliud agere coeperit.

bestimmte Quantität und Gattung im Sinne hatten, und selbst ein Irrthum in der Benennung schadet nicht, wenn nur die Parteien über die Sache einig sind *w*). Selbst die Einmischung ganz fremder, zur Sache nicht gehöriger Worte schadet nicht; und die Stipulation gilt z. B. doch, wenn der Gefragte antwortet: arma virumque cano, spondeo *x*). Jeder Schein von Pedanterei verschwindet aber vollends mit Leo's vorhin erwähnter Verordnung; ja sie müßte sogar Denjenigen, welche in der Stipulation eine bloße Form sehen wollten, als eine Aufhebung des ganzen Stipulationswesen erscheinen. Sie lautet so:

**Omnes stipulationes, etiamsi non solennibus vel directis sed quibuscunque verbis consensu contrahentium compositae sunt, vel legibus cognitae, suam habeant firmitatem.**

Wäre die ganze Bedeutung der Stipulation nur in den solennen Worten zu suchen, so wäre sie durch dieses Gesetz offenbar aufgehoben, und in einen Consensualcontrakt verwandelt. Allein dies ist nicht der Fall; das Wesen der Stipulation, die auch nach Leo bestehen blieb, muß also in etwas Anderm gelegen haben, und dies bezeichnet auch Justinian ganz einfach und richtig durch die Worte consonans intellectus ab utraque parte. Diese unzweifelhaft gleiche Auffassung des Vertrages von beiden Seiten wird aber durch die Fragestellung und damit harmonirende Antwort bewirkt, und dieses Requisit der Stipulation ist daher auch durch Leo's Gesetz nicht aufgehoben *y*).

Durch die bisherigen Sätze dürfte soviel nachgewiesen seyn, daß die Stipulation nicht eine bedeutungslose, sondern eine

---

*w*) l. 32 l. 80 l. 94 D. h. t. Noch viel weniger schadet daher ein Wechsel in der Benennung, wenn dieselbe Person oder Sache zwei Namen hat. l. 65 §. 1. l. 136 pr. D. eod.

*x*) l. 65 pr. D. h. t.

*y*) Walter R. G. S. 628. Andrer Meinung ist irrig Tigerström §. 119.

praktisch höchst wichtige und folgenreiche Form war, und es wird daher jetzt nöthig, die einzelnen Vortheile und Zwecke der Stipulation, die ebensoviel Gründe derselben bilden, zu untersuchen.

1) Zunächst bildet die Stipulation ein äußeres unzweifelhaftes Zeichen des ertheilten Consenses, und stellt daher den Moment der Perfektion des Vertrages unbestreitbar fest. Alles Hin- und Her-Reden der Parteien vor dem Ausspruche der Stipulation ist schlechthin unverbindlich, und den Römern ist daher die ganze Lehre von den Traktaten und Punctationen, welche unsere heutigen Juristen quält, völlig fremd. Schon dieser einzige Vortheil der Stipulation wäre hinreichend, sie zu erklären; denn so tief liegt das Bedürfniß des Verkehrs nach einem solchen untrüglichen Zeichen des Consenses, daß es auch bei uns die weitverbreitete Gewohnheit des Handschlags bei gewissen Verträgen, und die weit häufigere Anwendung der arrha zur Folge gehabt hat.

2) Die Stipulation beweist aber auch die Ernstlichkeit des Consenses durch ihre Worte; aber auch nur durch diese. Deßhalb ist, wer auf die Stipulationsfrage unpassend antwortet, oder nur mit dem Kopfe nickt, gar nicht obligirt, auch nicht einmal naturaliter, und die fehlerhafte Stipulation enthält mithin nicht ein gültiges pactum in sich. Ulpian sagt dies in l. 1 §. 2 D. h. t. mit folgenden Worten: contra si sine verbis adnuisset; non tantum autem civiliter, sed nec naturaliter obligatur, qui ita adnuit z). Im Widerspruche hiemit scheint zwar eine andere Stelle von Ulpian zu stehen, die l. 27 §. 9 D. de pactis, wo er sagt: si acceptilatio inutilis fuit, tacita pactione idactum videtur, ne peteretur; allein die Vereinigung ergiebt sich aus dem bekannten Rechtssatze, welchen Paulus in der l. 47 D. de O. et A. ausspricht:

---

z) Ebensowenig liegt daher in einer ungültigen Stipulation ein constitutum. l. 1 §. 4 D. de const. pec.

Arianus ait, multum interesse, quaeras, utrum aliquis obligetur, an aliquis liberetur? Ubi de obligando quaeritur, propensiores esse debere nos, si habeamus occasionem ad negandum. Ubi de liberando ex diverso, ut facilior sis ad liberationem.

Hiernach steht die Sache so. Wenn Jemand die Stipulationsworte fehlerhaft ausspricht, so muß er wissen, daß die Stipulation inutilis ist, also ist es ihm mit dem Inhalte derselben nicht Ernst, und es ist von seiner Seite kein Consens, also auch kein pactum vorhanden. Denkbar bleibt es freilich, daß die Parteien die mangelhafte Stipulation wenigstens wie ein pactum wirken lassen wollten, und dies soll bei der auf Befreiung gerichteten Stipulation im Zweifel angenommen werden. Daß die Entscheidung der l. 27 §. 9 D. cit. nur im Zweifel gilt, und den Beweis des Gegentheils, das heißt des Mangels allen Consenses zuläßt, sagt Ulpian deutlich in einer dritten Stelle, der l. 8 pr. D. de acceptil. In ähnlicher Weise kann die acceptilatio auch bei einem Consensualvertrage als mutuus dissensus wirken, wenn die Absicht der Parteien darauf gieng *a*).

3) Die Stipulation begründet immer eine streng einseitige Forderung, also eine obligatio stricti juris, und die Klage aus ihr ist eine condictio *b*). Sie befriedigt mithin das oben nachgewiesene prozessualische Bedürfniß in dieser Beziehung vollkommen, und trifft hierin mit dem nexum und dem nomen transcripticium überein. Hierin liegt denn auch offenbar der Grundgedanke des ganzen Stipulationswesens, und das Motiv für die oben beschriebene Form der Stipulation. Deßhalb bestand sie aus Frage und Antwort, und deßhalb durfte die Antwort von der Frage in nichts abweichen, damit nicht in der Abweichung ein Gegenanspruch begründet werde. Die Stipulation begründet also kein *συνάλλαγμα*, d. i. keine ultro citroque obli-

---

*a*) l. 5 pr. D. de resc. vend. *b*) pr. J. de V. O. Gaj. III, 137.

gatio, und ist daher auch kein contractus im engern Sinne *c*); im weitern Sinne dagegen ist sie allerdings ein contractus, d. h. eine civilrechtlich wirksame, also eine Klage begründende Vertragsform *d*). Die Einseitigkeit der Stipulation ist aber nicht, wie es von Walter S. 619 geschieht, so zu erklären, als ob nur solche Geschäfte in die Stipulationsform hätten gebracht werden können, welche schon an sich ihrem Begriffe nach einseitig sind. Walter stützt seinen Satz auf die ohne alle Belege, und, wie sich unten in der Lehre von den pactis zeigen wird, gegen die Quellen aufgestellte Behauptung, daß die Einseitigkeit das charakteristische Merkmal aller pacta gewesen sey. Mit diesem Vordersatze fällt auch seine Folgerung; sie kann aber außerdem auch hier schon vollständig widerlegt werden *e*).

Die Stipulationsform war bei allen ihrem Begriffe nach einseitigen oder zweiseitigen Verträgen zulässig, und — mit wenigen, später zu entwickelnden Ausnahmen — auch nothwendig; die an sich zweiseitigen Verträge, wie der Tausch, forderten natürlich zwei Stipulationen, und wurden so in zwei einseitige Verträge verwandelt, die dann in ihrer Erfüllung von einander unabhängig waren. Die Beweise hiefür liegen in Folgendem. Das Gebiet der aus dem Willen der Parteien hervorgehenden Stipulationen, welche im Gegensatze zu den vom Richter auferlegten, judiciales, den

---

*c*) l. 7 §. 2 D. de pactis. l. 19 D. de V. S. — Für ein συνάλλαγμα hält sie Roßhirt S. 190.

*d*) l. 34. l. 144 §. 1 D. de R. J. l. 10. l. 11. l. 14. l. 15 pr. C. de contr. stip. l. 3 C. de inut. stipul. l. 9. §. 3. D. de R. C. l. 3 §. 11 D. de pecul. l. 52 pr. D. de V. O. l. 31 D. de O. et A.

*e*) Nach Walter's Ansicht würde die Stipulation als eine fast nutzlose Form erscheinen, und er weiß in der That für sie keinen andern Grund anzugeben, als daß „man es begreiflich bei den Geschäften, wodurch blos von der einen Seite etwas angelobt wird, besonders streng gehalten wissen wollte.“

Namen conventionales führen, beschreibt Pomponius in l. 5 pr. D. de V. O. mit folgenden Worten:

Conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, *quarum totidem genera sunt*, *quot* (*pene dixerim*) *rerum contrahendarum:* nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt, et pendent ex negotio contracto *ee*).

Bestimmter, als es hier geschehen ist, läßt sich die allgemeine Zulässigkeit der Stipulation nicht aussprechen, und in keiner Weise läßt sich dieses Gesetz auf die einseitigen Verträge beschränken, da negotium gerade hauptsächlich die zweiseitigen bezeichnet *f*). Ebenso allgemein sprechen die Gesetze von der Verwandlung vorausgegangener pacta in Stipulation, in der Art, daß, wenn mehrere einzelne Verabredungen getroffen worden sind, und dann für alle nur eine einzige Stipulation nachfolgt, es so angesehen werden soll, als wenn jede Verabredung für sich in eine eigene Stipulation gebracht wäre *g*). Wir finden aber auch in den Quellen die Anwendung der Stipulation bei den verschiedenartigsten Verträgen, bei dem mutuum *h*), der Schenkung *i*), der Bürgschaft, dem Kaufe *k*), dem Tausche *kk*), der Miethe *l*), der Societät *m*), bei den ver-

---

*ee*) §. 3 J. de divis. stip.

*f*) l. 13 pr. l. 15. l. 19 pr. l. 22 D. de praescr. verb.

*g*) l. 4 §. 3. l. 7 §. 12 D. de pactis. l. 134 §. 3. l. 140 pr. D. de V. O. — Pauli sent. rec. II, 21 §. 2, V, 7 §. 1.

*h*) l. 140 D. de R. C. l. 122 pr. §. 1. l. 126 §. 2 D. de V. O. l. 6 §. 1 D. de novat.

*i*) l. 2 pr. §. 1, 2. l. 19 pr. §. 5. l. 22, 24. l. 33 pr. D. de donat. Fragm. Vat. §. 263, 310, 311. Meyerfeld, von Schenkungen §. 12.

*k*) l. 3 §. 1. D. E. V. l. 139 D. de V. O. l. 47 pr. D. de pactis.

*kk*) l. 3 C. de rer. perm.

*l*) l. 54 §. 1 D. loc. l. 89 D. de V. O.

*m*) l. 71. pr. D. pro socio.

schiedenen Cautionen, bei Nebenverträgen insbesondere Verabredungen von Zinsen oder Privatstrafen, bei Verträgen über die Eingehung eines andern Vertrages, sog. **pacta de contrahendo** *n*), bei der Beendigung von Forderungen durch Nachlaß, Theilung oder Vergleich *o*). Nur soviel ist wahr, daß die wesentlich zweiseitigen Verträge sich nicht ihrem ganzen Umfange und ihrer ganzen Bedeutung nach in Stipulationen bringen ließen, und hierin liegt denn auch der Grund für einen Theil der alten Ausnahmen von der Nothwendigkeit der Stipulation, welche nachher erörtert werden sollen.

Demnach erscheint die Stipulation als die generelle Contraktsform, welche ihr Motiv in einem materiellen Geschäfte, einem **negotium**, hat, und daher auch aus diesem ihren Inhalt erhält; daher kann man denn auch mit Paulus, **sent. rec. V, 7 §. 1** sagen: **obligationum** ***firmandarum gratia*** **stipulationes inductae sunt, et appellatae, quod per eas firmitas obligationum constringitur: stipulum enim veteres firmum appellaverunt** *p*). Gleichwohl ist die Stipulation selbst ein **negotium** *q*), ein selbstständiges Geschäft für sich, fordert wie jedes andere den Consens, und wird in Gültigkeit und Wirkung nicht nach jenem veranlassenden Geschäfte, sondern aus sich selbst beurtheilt, wie sich sogleich zeigen wird *r*).

---

*n*) tit. D. de praet. stipul. l. 32. l. 40. l. 42 D. de R. C. l. 24 D. praescr. verb. l. 10 §. 1 D. de pactis. l. 68 D. de V. O. l. 5 C. de usuris.

*o*) l. 45 D. de pactis. l. 4. l. 5. l. 15. l. 16 D. de transact. l. 17 D. de donat. l. 21 C. de pactis.

*p*) pr. J. de V. O. Ebenso sagt Ulpian in l. 52 D. h. t. contractui formam dant contrahentes.

*q*) Roßhirt S. 169 scheint anzunehmen, daß die Stipulation kein negotium sey. Allein in l. 83 pr. D. h. t. sagt Paulus: inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur, und auch Gaj. III, 105—108, auf den sich Roßhirt stützt, behandelt die Stipulation als negotium.

*r*) l. 1 §. 3 D. de pactis. l. 83 §. 1. l. 137 §. 1 D. de V. O.

4) Es ist nämlich ein weiterer, mit der Einseitigkeit in Verbindung tretender Vortheil der Stipulation, daß sie den Gegenstand der Obligation möglichst genau bestimmt. Zwar ist dieselbe nicht auf pecunia certa beschränkt, wie die beiden andern Contraktsformen, auch nicht auf das dare eines andern certum, sondern kann auf Alles gerichtet werden, was Gegenstand einer Obligation überhaupt seyn kann, also auch auf ein facere oder non facere *s*), und es werden darnach auch zwei Klassen der Stipulationen unterschieden, die certae und incertae, und zwei Klagen, die condictio certi und incerti, welche letztere vorzugsweise actio ex stipulatu heißt *t*); allein es ist doch auch bei den stipulationes incertae der Gegenstand des Versprechens, auf welchen die künftig etwa nothwendige Klage gerichtet, und die aestimatio gestützt werden muß, möglichst genau und unzweideutig bestimmt, um auch von dieser Seite den Prozeß zu vereinfachen. Deßhalb muß die Frage den Gegenstand genau bezeichnen, und die Antwort, wenn sie ihn überhaupt enthält, ihn mit denselben Worten wiederholen — jener consonans intellectus, den auch Leo bestehen ließ. Deßhalb wurde aber auch die Wirkung der Stipulation nur aus ihren Worten beurtheilt, und das derselben vorausgehende oder zu Grunde liegende negotium und ihre Motive wurden in keiner Weise beachtet; deßhalb hatten dolus und metus keinen Einfluß; deßhalb war ursprünglich die mora des Schuldners ohne Wirkung; deßhalb waren die etwaigen Nebenberedungen ohne Erfolg, soferne nicht die Worte der Stipulation ihre Berücksichtigung enthielten — kurz die Stipulation erzeugte eine verborum obligatio im vollsten Sinne, deren Grund, Geltung, Umfang und Wirksamkeit lediglich aus den verbis beurtheilt ward.

---

*s*) l. 5 §. 1. l. 14. l. 38 pr. §. 1, 2. l. 49 §. 1, 2. l. 50 pr. D. de V. O.

*t*) l. 74. l. 75. l. 118 §. 2 D. h. t. l. 6 C. h. t. pr. J. h. t. l. 24 D. de R. C.

ward *u*). Hieraus erklärt es sich auch, daß wenn in eine Stipulationsfrage mehrere Sachen oder Summen in getrennten Worten aufgenommen wurden, soviel einzelne Stipulationen, also auch selbstständige Obligationen und Klagen angenommen wurden, als einzelne Sachen oder Summen genannt waren, während, wenn die Frage eine Mehrheit von Sachen durch einen Collektivnamen bezeichnete oder nur eine Summe enthielt, auch nur eine Stipulation bestand *v*). Eine Unsicherheit des Gegenstandes und Inhalts der Obligation war in Folge dieser Grundsätze nur dann möglich, wenn die Stipulationsworte selbst undeutlich oder zweideutig waren; für diesen Fall bot sich aber wieder die einfache Interpretationsregel dar, daß die Auslegung gegen den stipulator zu geschehen habe, weil es seine Schuld ist, daß er die Frage nicht bestimmter und deutlicher gestellt hat *w*), und nur, wenn dadurch die Stipulation ganz ungültig werden würde, leidet dies eine Ausnahme *x*).

Diese hier entwickelte ursprüngliche Strenge erlitt übrigens eine wesentliche Milderung durch die Ausbildung der in die Stipulation aufzunehmenden clausula doli, welche die Berücksichtigung des Irrthums, Betruges, Zwanges, der mora, und für alle nicht speciell berührten Punkte oder incertos casus die Beachtung dessen gestattete, quod bonum et aequum est, insoferne also die Stipulation den bonae fidei negotiis näher brachte, von denen sie gleichwohl durch ihre absolute Einseitigkeit wesentlich verschieden blieb *y*).

---

*u*) l. 53. l. 89. l. 125 D. h. t. *v*) l. 29. l. 88. l. 134 §. 3 l. 140 pr. §. 1 D. h. t. l. 32 D. de evict.

*w*) l. 38 §. 18. l. 99. l. 106 D. h. t. l. 26 D. de reb. dub.

*x*) l. 80 D. h. t. Keine Ausnahme enthält l. 110 §. 1 D. h. t. hier hat der Stipulator den Sprachgebrauch für sich, und es besteht daher keine Zweideutigkeit. *y*) l. 22. l. 36. l. 38 §. 13. l. 53. l. 119. l. 121 pr. l. 122 §. 2 D. h. t.

§. 2.

Von der bisher betrachteten allgemeinen Form der Stipulation sind nun aber schon im alten Rechte acht Verträge ausgenommen, nämlich mutuum, commodatum, depositum, pignus, emtio venditio, locatio conductio, societas, mandatum, von welchen die vier ersten durch die Hingabe einer Sache, die vier letzten durch den bloßen Consens ohne alle Rücksicht auf die Form seiner Erklärung perfekt und klagbar wurden. Von jenen heißt es daher in den Quellen obligatio re, von diesen consensu contrahitur, und unsere Juristen haben daraus die Namen Real- und Consensualcontrakt gebildet. Da entsteht denn die Frage, warum bei diesen acht Verträgen die Stipulation nicht nothwendig gewesen sey, und die Beantwortung dieser Frage muß offenbar die bisher entwickelte Ansicht über die Stipulation bestätigen oder widerlegen z). Daß das erste der Fall sey, glaube ich nachweisen zu können. Die vier Realverträge forderten nämlich die Stipulation deßwegen nicht, weil sie schon ihrem Begriffe nach alle die Vortheile erreichten, welche die Stipulation gewähren sollte, insbesondere die Einseitigkeit und Bestimmtheit des Gegenstandes; bei den vier Consensualverträgen aber war die Stipulation nicht zur Bedingung der Klagbarkeit gemacht, weil sie ihrem Begriffe nach jene Eigenschaften, welche die Stipulation gab, im Ganzen ausschlossen, weil sie theils wesentlich zweiseitig, theils ihrem Inhalte nach nicht im Voraus bestimmbar waren. Diese acht Verträge sind also vom Civilrechte unverändert so anerkannt und aufgenommen, wie sie im *jus gentium* ste-

z) Walter S. 618 not. 5 meint zwar, der Grund der Klagbarkeit dieser Verträge sey ein blos historischer, das positive Gewohnheitsrecht; einen tiefern hätten auch die römischen Juristen nicht aufgesucht. Allein dies ist eine so äußerliche Ansicht der Geschichte, wie man sie bei Walter nicht gewöhnt ist.

hen, und zwar die ersten vier deßhalb, weil bei ihnen die Stipulation überflüssig, die letzten vier, weil sie bei ihnen im Ganzen unmöglich ist. Diese Sätze sind nun näher zu begründen.

Daß die fraglichen acht Verträge unverändert aus dem jus gentium genommen sind, sagt uns ausdrücklich Ulpian in l. 7 pr. §. 1 D. de pactis:

Juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et caeteri similes contractus.

Das suum nomen ist hier offenbar die allgemeine Benennung conventio oder pactum im Gegensatze der speciellen Benennungen, welche das Civilrecht gab *a*); die caeteri similes contractus sind aber offenbar die übrigen Real= und Consensualverträge *b*).

Was nun zunächst die Realcontrakte anlangt, so sind sie auf Rückgabe einer hingegebenen Sache gerichtet, und deßhalb ihrem Begriffe nach erst mit der Hingabe perfekt; so lange nichts gegeben ist, kann von einem Darleihen, Leihen, oder Depositum nicht gesprochen werden. Allerdings lassen sich Verträge denken, wodurch Jemand verspricht, daß er ein Darlehen geben, eine Sache leihen, oder zur Aufbewahrung übernehmen wolle; aber diese Verträge sind nur pacta de contrahendo, von den Realverträgen selbst ganz verschieden, und mußten, um eine Klage zu erzeugen, selbst in Stipulation eingekleidet werden; die Klage konnte aber natürlich nur auf das Interesse gerichtet werden, und darum wurde einem solchen Vertrage wohl regelmäßig eine

---

*a*) l. 3 D. praescr. verb.

*b*) vgl. l. 5 D. de j. et j. l. 1 §. 2 D. de emt. l. 1 D. loc. §. 2 J. de jure natur.

poena beigefügt. Wir haben hierüber eine klare Stelle von Paulus *c*).

Si poenam stipulatus fuero, si mihi pecuniam non credidisses, certa est et utilis stipulatio. Quod si ita stipulatus, pecuniam te mihi crediturum spondes: incerta est stipulatio: quia id venit in stipulationem, quod mea interest.

Es geht hieraus hervor, daß die Stipulation über die Eingehung eines mutuum nicht auf ein dare, sondern, wie die auf Eingehung eines andern Vertrages gehende nur auf ein facere gerichtet ist, folglich nur eine Klage auf das Interesse begründet, und daher, wenn sie nicht durch Hinzufügung einer poena zu einer certa stipulatio wird, als incerta erscheint *d*), wodurch denn die gänzliche Verschiedenheit eines solchen Vertrages vom mutuum hinreichend bewiesen ist. Alle diese Sätze müssen analog von den drei übrigen Realcontrakten gelten; zwar scheint für den Pfandvertrag nach l. 1 D. de pign. act. eine Ausnahme in der Art zu gelten, daß derselbe schon durch die bloße conventio perfekt würde; allein daß damit nur das pactum hypothecae gemeint ist, welches an sich nur das dingliche Recht erzeugt, ist bekannt *e*).

Die Hingabe der später zurückzugebenden Sache, welche die Perfektion des Realvertrags bewirkt, enthält aber auch alle die Vortheile und Wirkungen in sich, welche wir oben als Gründe und Zwecke der Stipulation bezeichnet haben. Sie bildet ein unverkennbares äußeres Zeichen des ertheilten Consenses, und wir finden daher auch keine Anwendung der arrha auf die Realverträge in den Quellen; diese war hier so unnöthig und unpassend, wie bei der Stipulation. Die Hingabe begründet aber auch eine eben so kräftige Vermuthung für die Ernstlichkeit des Consenses, wie die Sti-

---

*c*) l. 68 D. de V. O. *d*) §. 7 J. de V. O. l. 3 D. si quis in jus voc. l. 13 D. de re jud. l. 112 §. 1 D. h. t.

*e*) l. 9 §. 2 D. de pign. act.

pulation, ja eine noch größere, weil sie schon die Verwirklichung des Entschlusses ist. Sie begründet aber auch eine ihrem Begriffe nach einseitige Forderung. Daß das Darlehen eine streng einseitige Obligation erzeugt, ist klar, und, für das römische Recht wenigstens, auch unbestritten. Die drei übrigen Realverträge lassen zwar Gegenforderungen zu, und gehören daher auch zu den negotiis bonae fidei; allein diese giengen nicht aus dem Begriffe des Vertrages hervor, traten daher auch nicht jedesmal ein, sondern entstanden zufällig durch Verwendungen und Beschädigungen; die deßhalb gestattete actio contraria hob daher auch die Einseitigkeit des Hauptanspruches so wenig auf, als die gegen dingliche Klagen wegen Verwendungen gestattete exceptio doli der einseitigen Natur dieser Klagansprüche schadete. Die Hingabe der Sache bezeichnete aber auch endlich den Gegenstand der Obligation ganz genau, ja genauer, als es die Stipulation vermochte; was hingegeben ist, muß zurückgegeben werden, und somit gehen die Realverträge immer auf ein certum, wenn gleich nicht alle in der Strenge, wie das mutuum, weßhalb sie denn auch alle unter dem Gattungsbegriffe des creditum zusammengefaßt werden *f*). Genauer, als es der consonans intellectus der Stipulation konnte, begränzt die res ipsa die Obligation, und, wie dort aus den verbis, so wird hier aus der res ihr Inhalt beurtheilt, weßhalb sie in demselben Sinne, wie jene, eine verborum, eine obligatio ex re ist. In diesem Sinne sagt denn auch Ulpian in l. 7 D. de R. C.

Omnia, quae inseri stipulationibus possunt, eadem possunt etiam numerationi pecuniae: et ideo et conditiones.

Damit ist offenbar nicht gesagt, daß jeder Realvertrag alle pacta adjecta so in sich aufnehmen könne, wie sie durch Stipulation klagbar werden können; denn dies ist bei dem mutuum, als einem stricti juris negotium, gerade

---

*f*) l. 1. l. 2 §. 3 D. de R. C.

um der durch die numeratio gegebnen absoluten Bestimmtheit seines Gegenstandes willen nicht denkbar, und es mußte daher auch das Zinsversprechen in eine besondere Stipulation gebracht werden; sondern es ist damit nur ausgesprochen, daß die Bedeutung der numeratio selbst ebenso modificirt werden könne, wie die Stipulationsfrage, und daß dadurch erst der Vertrag seinen Inhalt bekomme, daß also für den auf die Wirkung der Hingabe sich beziehenden Consens die numeratio ein eben so genügender Ausdruck sey, als die Stipulationsform für den Consens über andere Punkte *ff*). In der That unterscheiden sich auch die vier Realcontrakte unter einander nur durch die verschiedene Bedeutung, welche die Contrahenten der Hingabe beilegen; soll sie nicht Eigenthum übertragen, so ist auch kein mutuum vorhanden, und wird der Eigenthumsübergang von einer Bedingung abhängig gemacht, so besteht das mutuum, wie die bedingte Stipulation erst mit dem Eintritte der Bedingung *g*). Bei den drei andern Realcontrakten ist übrigens allerdings die Aufnahme von pactis adjectis wegen ihrer Eigenschaft als bonae fidei negotiis zulässig, welche übrigens wegen ihres Gebundenseyns an die res im Wesentlichen keinen weitern Umfang haben können, als die clausula doli bei der Stipulation.

Hierdurch dürfte nachgewiesen seyn, daß für diese vier Verträge die Stipulationsform ganz überflüssig war, und für die drei außer dem Darlehen wegen der möglichen Gegenforderungen auch nicht im Ganzen angewendet werden konnte, weßhalb wir auch in den Quellen keine solche Anwendung finden. Bei dem Darlehen war sie dagegen völlig anwendbar, und die Quellen enthalten darüber viele Bei-

---

*ff*) Geradeso sagt Gajus in l. 48 D. de pactis: In traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere manifestissimum est. Offenbar erinnert auch dieser Satz an die nuncupatio des nexum.

*g*) l. 2 §. 2. l. 8. l. 9 §. 9. l. 10 D. de R. C.

spiele und folgende Grundsätze. Wenn ein Darlehen gegeben, und zu gleicher Zeit (in continenti) die Rückgabe desselben durch Stipulation versprochen wird, so wird es so angesehen, als sey nur ein Contrakt, und zwar die verborum obligatio vorhanden, und dies gilt ebenso, wenn die Stipulation vorausgeht, und die Numeration nachfolgt, während im umgekehrten Falle zwei Obligationen bestehen *h*). Jedenfalls braucht aber nur einmal geleistet zu werden, und in allen Fällen erscheint die numeratio als das eigentlich Entscheidende. Deßhalb kann derjenige, welcher in Erwartung der numeratio sich durch Stipulation zur Rückgabe verpflichtete, durch Verweigerung der Annahme die Entstehung seiner Haftung hindern, jedenfalls aber sich gegen die Klage aus der Stipulation mit der exceptio non numeratae pecuniae schützen *i*). Umgekehrt ist, wenn die Stipulation aus einem nur sie treffenden Grunde ungültig ist, die numeratio dennoch wirksam, und die Darlehensklage begründet, z. B. wenn die Stipulation auf einen Dritten gerichtet ist, oder mit einem Pupillen oder gerichtlich erklärten Verschwender geschlossen wurde, während das Darlehen an den Vormund oder vor der interdictio bonorum gegeben ward *k*). Hieraus erhellt denn auch, daß die Anwendung der Stipulation beim Darlehen keine weitern Vortheile gewährte, und nur Folge der Gewohnheit oder allzugroßer Aengstlichkeit eines Gläubigers war.

Wenden wir uns nun zu den Consensualcontrakten, so ergiebt sich die Unmöglichkeit, sie ihrem ganzen Umfange nach in die Stipulationsform zu bringen, aus Folgendem.

---

*h*) l. 6 §. 2 l. 7 D. de nov. vgl. mit l. 126 §. 2 D. de V. O. wo die Obligation aus dem Darlehen im Gegensatze zur Stipulation naturalis genannt wird. —

*i*) l. 30 D. de R. C. tit. C. de n. num. pec.

*k*) l. 9 §. 3 – 7 D. de R. C. l. 126 §. 2 D. de V. O. l. 3 C. de contr. stip. — Cujacius ad l. 126 in quaest. Pauli T. V. p. 948 – 950.

Daß das Wesen dieser Verträge im Gegensatze zur Stipulation in ihrer Zweiseitigkeit besteht, sagen die Quellen deutlich *l*). Diese Zweiseitigkeit ist aber so stringent, daß man diese Verträge nicht in zwei besondere Stipulationen zerreißen kann, ohne das innerste Wesen dieser Verträge zu zerstören. Bei zweien dieser Verträge kommt dazu aber auch noch der Umstand, daß sie ihrem Gegenstande nach völlig unbestimmt und unbestimmbar sind, und daher auch aus diesem Grunde die Stipulation nicht vertragen. So erklärt es sich denn, daß zwar einzelne Wirkungen der genannten vier Verträge in die Stipulationsform gebracht werden konnten, und nach dem Zeugnisse der Quellen auch gebracht wurden, nicht aber die Verträge selbst nach ihrem ganzen Umfange. Betrachten wir zu diesem Zwecke diese Verträge einzeln!

Der Kauf ist bekanntlich aus dem Tausche hervorgegangen, und erscheint als ein species desselben, weßhalb bei den ältesten Dichtern, wie namentlich bei Homer, die Ausdrücke „kaufen" und „tauschen" promiscue gebraucht werden. Der Unterschied beider Verträge besteht aber darin, daß bei dem Tausche Waare gegen Waare, bei dem Kaufe Waare gegen Preis gegeben wird. Die Waare ist ein selbstständiger Werth, das Geld, woraus der Preis besteht, nicht; es ist nur der allgemeine Werthmesser aller selbstständigen Werthe. Man kann daher auch sagen, der Kauf ist ein durch das allgemeine Tauschmittel geschlossener Tausch *m*). Hieraus ergiebt sich denn, daß bei dem Tausche, weil er zwei selbstständige Werthe einander gegenüberstellt, jeder als das Motiv des ganzen Vertrages betrachtet werden kann, oder, wie dies Paulus in l. 1 pr. D. de rerum permut. ausdrückt, nicht unterschieden werden kann, welcher

---

*l*) Gaj. III, 137. §. 3 J. de oblig. ex cons. 3, 22.

*m*) Einfacher und bestimmter als von manchen neuern Nationalökonomen ist dies entwickelt in §. 2 J. de emt. l. 1 pr. §. 1 D. de contr. emt.

der Käufer, welcher der Verkäufer sey; daher ist es auch zulässig, jede der beiden Leistungen als eine selbstständige für sich allein aufzufassen, und so den Tausch in zwei Stipulationen zu bringen, also den seinem ursprünglichen Begriffe nach zweiseitigen Vertrag in zwei einseitige zu verwandeln *mm*). Ganz anders ist es beim Kaufe. Er enthält nur einen selbstständigen Werth, der das Motiv des Vertrages bildet. Der Ausdruck dieses Werthes im allgemeinen Tauschmittel, der Preis, hat durchaus keine selbstständige Bedeutung, und kann daher auch für sich allein nicht gedacht werden; eine Trennung desselben von der Sache, deren Werth er ausdrücken soll, hebt sein innerstes Wesen, seinen ganzen Begriff auf, und es ist daher unmöglich, ihn in eine Stipulation für sich zu fassen. Der Kauf erscheint daher als ein so wesentlich zweiseitiger Vertrag, daß eine Verwandlung desselben in zwei Stipulationen ihn geradezu vernichten würde, und deßhalb muß er durch den Consens perfekt seyn, oder kann höchstens an eine Form gebunden werden, welche jene Zweiseitigkeit nicht aufhebt, wie Skriptur oder richterliche Confirmation. Diese richtige Würdigung des Verhältnisses von Kauf und Tausch tritt uns auch noch in einem andern Satze des römischen Rechtes entgegen, welchen unsere Juristen entweder ganz übergehen, oder doch nicht genug hervorheben. Bei dem Tausche ist jeder der Contrahenten zum dare verpflichtet, d. h. den andern zum Eigenthümer der Sache zu machen, und daher ist, wenn Jemand eine fremde Sache giebt, kein wahrer Tausch vorhanden, die Verpflichtung nicht gehörig erfüllt *n*). Beim Kaufe tritt dieselbe Verpflichtung in Bezug auf den Preis ein, nicht aber bezüglich der Waare; der Verkäufer ist zunächst nur zum tradere, zur Uebertragung der vacua possessio verpflichtet, und erst, wenn die Sache evincirt ist, haftet er für das Interesse; daher ist denn auch der Verkauf einer fremden Sache gültig, und es kann daher

---

*mm*) l. 3 l. 4 C. de rer. perm. *n*) l. 1 pr. §. 3 D. de rer. perm.

dem Verkäufer, der gehörig tradirt hat, vor der Eviktion die sog. **exceptio non adimpleti contractus** nicht entgegenstellt werden *o*). Daher ist zwar ein Kauf geschlossen, wenn verabredet wird, **pecuniam do, ut rem *accipiam* *p***), nicht aber, wenn ich dir Geld gebe, **ut rem mihi *dares***, in welchem Falle vielmehr ein Tausch besteht *q*), geradeso, wie wenn Geld gegen Geld gegeben wird, wo es dann als Waare erscheint. Die Gründe der zwischen den Leistungen des Käufers und Verkäufers eintretenden Verschiedenheit werden in den Quellen nirgends angegeben; sie liegen aber offenbar darin, daß der Kaufpreis, dessen Bestandtheile nicht um eines individuellen Werthes willen in Betracht kommen, in solchen Geldstücken gegeben werden muß, welche Eigenthum des Gebers sind, und somit auch Eigenthum des Empfängers werden, während die verkaufte Waare um ihrer Individualität willen in Betracht kommt, und die Absicht des Käufers zunächst nur darauf gerichtet ist, daß dieselbe so in seine Hände übergehe, wie sie sich bei dem Verkäufer befindet, also allerdings in's Eigenthum, wenn der Verkäufer Eigenthümer war *r*), wobei dann für den entgegengesetzten Fall die Eviktionshaftung des Verkäufers den Käufer schadlos stellt. Diese Sätze entsprechen zugleich dem Interesse des Verkehrs, indem zwar der Käufer wegen der über den Eigenthumserwerb des Geldes durch **commixtio** geltenden Grundsätzen *s*) immer wissen muß, ob er Eigenthümer der Geldstücke ist, mit welchen er zahlen will, der Verkäufer aber dieses in Bezug auf die Waare nicht immer wissen kann, mithin der vorzugsweise und fast ausschließlich durch den Kauf getragene Verkehr im höchsten Grade gehemmt wäre, wenn er direkt und schlechthin auf das **dare** gerichtet wäre. Betrachten wir nun in dieser

---

*o*) **l. 25 §. 1 l. 28 D. de emt. l. 11 §. 1, 2 l. 13 §. 15 l. 30 §. 1 D. E. V. l. 13 §. 3 D. de jurejur. l. 3 C. de evict.**

*p*) **l. 5 §. 1 D. praescr. verb.** *q*) **l. 16 D. de cond. c. d. c. n. sec.**

*r*) **l. 80 §. 3 D. de contr. emt.** *s*) **l. 78 D. de solut.**

Beziehung den Tausch, so sagt hierüber Paulus in l. 1 pr. D. de rer. perm. Folgendes:

emptor, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito: venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere, et purgari dolo malo; itaque si res evicta non sit, nihil debet. In permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius: sed cum debeat et res et pretium esse, non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit; nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emtionis.

Der Jurist drückt hiemit folgende Gedanken aus. Da bei dem Tausche jede Sache als Waare und zugleich als Preis der andern betrachtet werden kann, so müßte, wenn man den letzten Gesichtspunkt entscheiden ließe, jeder zum dare im strengen Sinne verpflichtet seyn, wenn man aber beide Leistungen als Waare auffaßt, die Uebergabe an sich und die Eviktionshaftung genügen. Welcher dieser beiden Gesichtspunkte den Vorzug behaupte, entscheidet Paulus nicht, und man könnte sich verleiten lassen, den der Waare als den geltenden anzusehen *t*), weil dies dem natürlichen Begriffe des Tausches mehr entspricht, und weil Paulus sogleich in §. 1 hinzusetzt, daß beim Tausche für die Eviktion gehaftet werde *u*). Allein gleichwohl muß das Gegentheil, also eine von beiden Seiten auf dare gerichtete Verpflichtung angenommen werden, weil Paulus in dem §. 3 desselben Gesetzes sagt: alienam rem dantem nullam contrahere obligationem, woraus hervorgeht, daß der Tausch, auch wenn er ohne Stipulation geschlossen wurde, als auf Eigenthumsübertragung im strengen Sinne gerichtet erschien, und mithin das Geben einer fremden Sache nicht als hinreichende causa zur Begründung der actio

---

*t*) Cujacius, obs. XXIII, 28. Bynkershoek, obs. VI, 24.

*u*) l. 1 C. de rer. perm.

praescriptis verbis betrachtet werden konnte; womit denn auch zugleich entschieden ist, daß in l. 16 D. de cond. c. d. c. n. s. ein Tausch angenommen werden muß *v*). Diese Auffassung des Tausches wird aber sehr erklärlich, wenn man bedenkt, daß der Tausch in der Regel in Stipulation gefaßt wurde, und vor der Entstehung der actio pr. v. ohne Stipulation gar keine Klage gab, da ja die Stipulation immer auf dare gerichtet war. So hatte denn hier die Verwandlung des Tausches in zwei Stipulationen eine Wirkung, zu welcher der Begriff des Vertrages, als Auswechslung von Waaren nicht geführt haben würde; diese Wirkung übte aber auf den Verkehr keinen nachtheiligen Einfluß, weil, sobald einmal Geld existirt, der Tausch nicht mehr als nothwendiges Vehikel des Verkehrs erscheint, und im Vergleiche zum Kaufe ungleich seltner wird.

Dieselben Gründe, welche demnach die Anwendung der Stipulation auf den Kauf im Ganzen unmöglich machten, treten geradeso bei der Miethe ein, da auch hier die eine Leistung in einem Preise besteht, welcher nur den individuellen Werth der Dienste oder des Gebrauches von Sachen in dem allgemeinen Werthmesser ausdrückt, und daher, ohne in seinem ganzen Wesen vernichtet zu werden, nicht von der Hauptleistung, deren Aequivalent er ist, getrennt, und selbstständig in eine Stipulation gebracht werden kann; weßhalb denn auch in den Quellen gesagt wird: locatio et conductio proxima est emtioni et venditioni *w*).

Bei der Societät ist die Zweiseitigkeit sogar noch inniger, als bei Kauf und Miethe, da sie sogar eine communio unter den Contrahenten zur Folge hat, und schon aus diesem Grunde ist es rein undenkbar, die Societät in so

---

*v*) Dies leugnet Bynkershoek und A. Faber, conj. VI, c. 9, 10. — obgleich es auch die Basil. XXXIV, 1 c. 16 sagen.

*w*) pr. J. de locat. l. 2 pr. D. locati.

viele Stipulationen zu fassen, als Theilnehmer vorhanden sind. Dazu kommt aber noch, daß dieser Vertrag und die aus ihm entspringenden Obligationen ihrem Gegenstande nach durchaus nicht jene Bestimmtheit haben, oder auch nur haben können, welche zum Wesen der Stipulation gehört. Den Inhalt des Gesellschaftsvertrages bildet bei seiner Eingehung ein bestimmtes Verhältniß der Theilnehmer zu dem gemeinschaftlichen Zwecke und der für dessen Erreichung nothwendigen Thätigkeit; aus diesem Verhältnisse entwickeln sich dann erst im Fortgange des Geschäftes die, ebendeßhalb im Voraus unbestimmbaren einzelnen Ansprüche und Verpflichtungen, welche dann Inhalt der Klage werden können. Wollte man also auch das allgemeine bei der Eingehung des Vertrages allerdings bestimmte Princip über das Verhältniß der Parteien in eine Art Stipulation fassen, so wäre damit nicht das Mindeste gewonnen, weil diese Stipulation den künftigen Klagegegenstand auch nicht einmal, wie bei der auf ein facere gerichteten Stipulation, so enthalten könnte, daß er durch eine aestimatio aus ihren Worten entwickelt würde.

Was nun zuletzt noch das Mandat anlangt, so könnte man glauben, die Einkleidung desselben in die Stipulationsform sey durchaus möglich gewesen, weil dasselbe ein seinem Begriffe nach einseitiger Vertrag sey, und auf ein facere gerichtet werde, also wenigstens eine stipulatio incerta begründen könne. Allein schon die Möglichkeit der mit der actio contraria zu verfolgenden Gegenforderungen steht der Anwendung der Stipulation entgegen, indem durch diese entweder die so sehr billige Zulassung der Gegenforderungen im Hauptstreite selbst ausgeschlossen, oder die Unbestimmtheit der Stipulation auf eine dem Wesen derselben gänzlich widerstreitende Weise erweitert worden seyn würde. Völlig entscheidend ist aber der Umstand, daß das facere, auf welches das Mandat gerichtet wird, nicht, wie bei der stipulatio, ein einzeln bestimmtes ist; es tritt hier vielmehr etwas ganz Aehnliches ein, wie bei der So-

cietät. Der Mandans bezeichnet dem Bevollmächtigten ein Geschäft, welches er für ihn vollziehen soll, und das Princip, nach welchem er dasselbe behandeln soll; aber die einzelnen Thätigkeiten, welche hiezu nothwendig werden, die verschiedenen Rücksichten, welche dabei zu beachten seyn werden, ergeben sich erst im Vollzuge selbst, und lassen sich nicht im Voraus bestimmen. Deßhalb bleiben denn auch die verschiedenen Richtungen, in welchen der Bevollmächtigte fehlen und sich verpflichten kann, ebenso unbestimmbar, als der Erfolg des Geschäftes und die etwa hieraus sich ergebende Restitutionspflicht, und hieraus folgt die Unanwendbarkeit der Stipulation.

Diese bisher entwickelte Unanwendbarkeit der Stipulation auf die vier Consensualverträge bezieht sich übrigens, wie schon oben bemerkt wurde, nur auf den ganzen Umfang derselben; einzelne Wirkungen derselben, insbesondere auch Nebenbestimmungen, konnten sehr wohl stipulirt werden, und wurden es auch nach dem Zeugnisse der Quellen. Wir finden in diesen z. B. erwähnt, daß der Käufer durch Stipulation verspricht, se soluturum, der Verkäufer vacuam possessionem tradi, daß bei der Miethe für den Fall eines Rücktritts innerhalb einer bestimmten Zeit eine Strafe, oder die Zahlung rückständiger Pachtgelder stipulirt werde, daß bei Eingehung einer Societät eine Strafe für denjenigen festgesetzt werde, welcher den Vertrag verletzt x). Die Stipulationen wegen der Eviktion und aus dem ädilitischen Edikte sind ohnehin bekannt.

Die Folgen davon, daß die vier zuletzt betrachteten Verträge nicht an die Stipulation und überhaupt an keine besondere Form gebunden waren, sind aber folgende. Diese Verträge waren, wenn nicht die Parteien selbst ihre Geltung von schriftlicher Errichtung abhängig machten, mit dem bloßen Consense für beide Theile bindend und perfekt, konn-

---

x) l. 47 pr. D. de pactis l. 71 pr. D. pro socio l. 3. §. 1 D. E. V. l. 54 §. 1 D. loc. l. 89 D. de V. O.

ten daher auch unter Abwesenden, in allen Sprachen, durch ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung, somit auch von Stummen oder Tauben und disontinue abgeschlossen werden *y*). Dagegen hatten diese Verträge weder den Charakter der Einseitigkeit, noch den der bestimmten Begränzung ihres Inhaltes durch die Worte der Eingehung, sondern sie waren zweiseitige Verträge, und verpflichteten die Contrahenten gegenseitig zu allem Dem, was ihrem Consense gemäß bonum et aequum war *z*), oder mit andern Worten, sie waren negotia bonae fidei, welchen Charakter auch die drei Realcontrakte außer dem mutuum wegen der, wie beim Mandate, zulässigen Gegenforderungen mit ihnen theilten *a*). Diese Zweiseitigkeit und der Umstand, daß der Inhalt der Klage nur durch die aequitas und bona fides aus dem Consense bestimmt wird, oder wie es die Quellen auch nennen, aus der natura negotii, hat die wichtigsten Wirkungen. Zunächst bedurfte es deßhalb hier keiner clausula doli, wie bei der Stipulation, und in der Klagformel keiner exceptio doli; vielmehr galt der Satz doli exceptiones bonae fidei judiciis ipso jure insunt *b*). Sodann mußten alle von den Parteien bei der Abschließung des Geschäftes verabredeten nähern Bestimmungen, Modifikationen und Nebenberedungen bei der Bestimmung des Inhaltes der obligatio und actio berücksichtigt werden, was die Quellen so ausdrücken: pacta conventa inesse bonae fidei judiciis, und woraus unsere Juristen den Satz gebildet haben, die pacta adjecta seyen klagbar gewesen, den sie übrigens in der Regel zu allgemein gestellt haben *c*). Ferner lag hier in

---

*y*) Gaj. III, 136. §. 1, 2. J. de obl. ex consensu. pr. J. de emt. l. 1 §. 2 D. contr. emt.

*z*) Gaj. III, 137. §. 3. J. de obl. ex cons.

*a*) §. 28. J. de act.

*b*) l. 3. D. resc. vend. l. 6 §. 9 D. E. V. l. 84 §. 5 D. de leg. I. *c*) l. 7 §. 5 D. de pactis. l. 13 C. eod.

dem officium judicis die umfassendste Berücksichtigung der culpa, mora, der Früchte, Zinsen und des gesammten Interesse, weßhalb gesagt wird: tantundem in bonae fidei judiciis officium judicis valet, quantum in stipulatione nominatim ejus rei facta interrogatio *d*). Endlich konnte in Folge der Zweiseitigkeit für den Fall einer zweideutigen oder undeutlichen Fassung dieser Verträge nicht schlechthin dieselbe Interpretationsregel angewendet werden, wie bei Stipulationen; zwar behielt man auch hier den Grundgedanken bei, und interpretirte gegen denjenigen, von welchem die Fassung des Vertrages, die Proposition ausgegangen war, und der ebendeßhalb sich deutlicher hätte ausdrücken sollen, als welchen man in der Regel den Verkäufer und Vermiether betrachtete *e*); doch war das Gegentheil nicht ausgeschlossen *f*), und es galt die allgemeine Regel, es sey diejenige Erklärung anzunehmen, quae rei gerendae aptior est *g*), und semper in obscuris, quod minimum est, sequimur *h*), so daß auch hierin das arbitrium judicis auf der Grundlage der aequitas frei thätig war *i*).

Bei dieser Gestaltung entbehrten die Consensualverträge offenbar des Vortheiles, welchen die Stipulation dadurch gewährte, daß sie ein äußeres unzweifelhaftes Zeichen des ertheilten Consenses bildete, und somit den Moment der Perfektion und die Ernstlichkeit der Willenserklärung fest-

*d*) l. 7 D. neg. gest. l. 24 D. depos. l. 54 pr. D. loc. l. 3 C. in quib. conf. rest. nec. non est. Cujacius in Paulo ad ed. ad l. 7 D. cit. T. V. p. 120.

*e*) l. 39 D. de pactis l. 17 §. 3 D. de S. P. U. l. 21. l. 33 D. de emt. l. 172 pr. D. de R. J.

*f*) l. 34 pr. D. de emt. l. 29 D. locati. — Gothofredus ad l. 172 de R. J. Daher ist auch die von Cujacius, obs. I, 10 vorgeschlagene Emendation der l. 34. cit. unnöthig. —

*g*) l. 67 D. de R. J. *h*) l. 9. l. 34 D. de R. J.

*i*) l. 200 D. de R. J.

feststellte. Gleichwohl läßt sich auch für sie das Bedürfniß eines solchen äußern Zeichens nicht verkennen, durch welches die den Vertrag vorbereitenden, noch nicht bindenden Unterhandlungen von dem Vertragsabschlusse selbst unterschieden werden können, und zu diesem Zwecke finden wir das Institut der arrha ausgebildet. Abgesehen von der auf eigenthümlichen Gründen ruhenden arrha sponsalitia kommt die arrha bekanntlich in den Quellen nur beim Kaufe vor, und wird in folgender Weise beschrieben: quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et venditionis contractae und: quod saepe arrhae nomine pro emtione datur, non eo pertinet, quasi sine arrha conventio nihil proficiat, sed *ut evidentius probari possit*, convenisse de pretio *k*). Der Zweck der arrha ist demnach offenbar nicht, eine Obligation zu begründen, sondern nur Zeichen und Beweis einer begründeten zu seyn. Daher ist das Geben einer arrha kein selbstständiger Realcontrakt, sondern ein dem Kaufe beigefügter Nebenvertrag, der in l. 3 C. de act. emt. ganz richtig arrhale pactum genannt wird, und durch eine personalis actio, nämlich durch die Klage aus dem Kaufvertrage geschützt ist. Eben darum gehört auch das Geben zum Begriffe der arrha, und die Quellen erwähnen nirgends eine blos versprochene, da ein solches Versprechen den Zweck der arrha überall nicht erfüllen würde. Deßhalb ist endlich eine arrha nur denkbar bei einem bereits ertheilten und vorhandenen Consense, also bei perfektem Kaufe. Die Ausnahme, welche Justinian von diesem Satze scheinbar in l. 17 C. de fide instr. und daraus in pr. J. de emt. macht, und die unsere Juristen zur Annahme einer arrha pacto imperfecto data verleitet hat, ist eben nur eine scheinbare; denn wenn die Parteien schriftliche Errichtung des Kaufvertrages verabreden, soll zwar nach l. 17 C. cit. die Perfektion und die Klage auf Erfüllung des Vertrages erst mit der Skriptur

*k*) Gaj. III, 139 pr. J. de emt. l. 35 pr. D. eod.

eintreten; allein der Consens über den Gesammtinhalt des Vertrages ist doch schon vorher da, und in Bezug auf diesen ist daher das Geben einer **arrha** vollkommen zulässig. Undenkbar aber erscheint jede **arrha** bei einem ohne Skriptur zu schließenden Kaufe vor der Existenz des Consenses. Diesem Charakter der **arrha** ist es denn auch ganz entsprechend, daß sie nach erfülltem Vertrage, die Erfüllung mag freiwillig oder auf erhobene Klage erfolgt seyn, zurückgegeben werden muß, worauf die Kaufklage gerichtet werden kann. Anders ist dies natürlich bei der **arrha sponsalitia** und hierin besteht deren Eigenthümlichkeit. Da nämlich die Sponsalien keine Klage auf Vollzug begründen, so soll hier die **arrha** nicht blos Beweis des Consenses seyn, sondern zugleich diesem eine rechtliche Wirkung geben, einen indirekten Zwang zur Erfüllung begründen, der im Verluste der **arrha** für den Fall des Rücktrittes besteht *l*). Dieser Bestimmung schließt sich die vorhin erwähnte Vorschrift der **l. 17 C. de fide instr.** an, indem sie für den Fall, da bei einem schriftlich zu errichtenden Vertrage vor der Skriptur eine **arrha** gegeben wird, und dann ein Theil die Perfektion des Vertrages verweigert, den Verlust der **arrha** eintreten läßt. Ebendeßhalb darf aber auch diese Bestimmung nicht generalisirt werden *m*). Daß übrigens die **arrha** in derselben Weise wie beim Kaufe auch bei den drei übrigen Consensualverträgen, namentlich bei der Miethe, vorkommen konnte, läßt sich so wenig bezweifeln, als daß sie zu den vier Realverträgen nicht paßt.

Ausser diesen bisher betrachteten acht Verträgen wurden noch im ältern Rechte drei Verträge von der Nothwendigkeit der Stipulation in der Art befreit, daß für sie besondere Formen begründet wurden, nämlich die **dictio dotis**, die **jurata promissio liberti** und das **receptum** der **argentarii**. Auch diese speciellen Formen bestanden in

*l*) **l. 16 C. de episc. aud. l. 5 C. de spons.**

*m*) Wening, 5te Auflage III, §. 88. Fritz, Erl. H. 3 S. 313—315.

solennen Worten, begründeten somit eine verborum obligatio, und gaben dieser, wie die Stipulation, den Charakter des strictum jus, d. h. der Einseitigkeit und Bestimmtheit; sie beruhten auf besondern Gründen, und sind im neusten Rechte verschwunden *n*).

§. 3.

Wir haben bisher die Nothwendigkeit der Stipulation als Regel, und die hievon im ältern Rechte stattfindenden Ausnahmen betrachtet. Bevor nun zu denjenigen Ausnahmen übergegangen werden kann, welche das spätere Recht hinzugefügt hat, muß jetzt zunächst untersucht werden, welche Wirkungen es hatte, wenn ein Vertrag, der nicht zu den ausgenommenen gehörte, gegen die Vorschrift des Civilrechtes ohne Stipulation eingegangen wurde.

Jeder ohne Stipulation durch formlosen Consens geschloßne Vertrag, der nicht zu den auch ohne Stipulation sanktionirten gehörte, d. i. nach der Sprache der Quellen in aliud nomen transit *o*), hieß im Allgemeinen pactum, pactio, conventio, und erzeugte keine Klage, und bei der civilrechtlichen Identität von actio und obligatio *p*) überhaupt keine Obligation *q*). Unter dem Gesichtspunkte des Civilrechtes war also ein solcher Vertrag schlechthin wirkungslos; es war so gut, als wäre er nicht vorhanden. Fragen wir nun, wie es zu halten war, wenn ein solcher Vertrag gleichwohl erfüllt wurde, so finden wir zwar hierauf keine ganz reine Antwort in den Quellen, weil diese immer zugleich die spätern Grundsätze des prätorischen Edikts und des Juristenrechtes einmischen; allein die juristische Consequenz

---

*n*) Gaji ep. II, 9. Ulp. Fragm. VI, 2. Fr. Vat. §. 100. l. 2 C. de pec. const. — Gaj. III, 83 l. 7. l. 15 §. 1. l. 30 pr. D. de oper. libert. *o*) l. 1 §. 4. l. 7 §. 1 D. de pactis.

*p*) pr. §. 1 J. de oblig. l. 41 D. de peculio.

*q*) l. 1 §. 1—3. l. 7 §. 4. l. 27 §. 3 D. de pactis. l. 10. l. 13 C. eod.

vermag dennoch jene Frage zu beantworten, und wird dabei auch durch die Quellen selbst unterstützt. Man muß hier aber die einseitigen und zweiseitigen pacta unterscheiden. Wenn ein einseitiges pactum, wie z. B. ein Schenkungsversprechen erfüllt wurde, z. B. durch in jure cessio, mancipatio, solutio, so geschah dies entweder im Bewußtseyn der Wirkungslosigkeit des Vertrages, oder in der Meinung, daß dieser verpflichtende Kraft habe. Im letzten Falle war ein indebitum erfüllt *r*), und es mußte daher die condictio indebiti Platz greifen; im ersten dagegen lag in dem Vollzuge selbst ein neuer Willensakt, der dem Uebertragungsakte oder der Erfüllung überhaupt Wirksamkeit und Unwiderruflichkeit sicherte, ein Satz, der uns in dem Rechte der lex Cincia klar entgegentritt *s*). Bei den zweiseitigen Verträgen, wie z. B. dem Tausche, ist weiter zu unterscheiden. Waren sie von beiden Seiten erfüllt, so war wohl jede Leistung mit der Absicht, daß sie wirken solle, um der Gegenleistung willen gemacht, und jedenfalls schloß diese die Rückforderung aus. Wenn dagegen nur der eine Contrahent den Vertrag erfüllt hatte, offenbar in der Erwartung, der andere werde den Vertrag auch erfüllen, und dies geschah nicht, so eignete sich der Fall vollständig zur Subsumtion unter die Grundsätze von der condictio causa data, causa non secuta. Die Leistung war hier nämlich nicht aus einer causa praeterita gemacht, weil das pactum schlechthin wirkungslos war und somit in keiner Weise als Grund der Leistung betrachtet werden konnte; dieser lag vielmehr nur in der Erwartung der Gegenleistung, also in einer causa futura, und wenn diese nicht erfolgte, trat die condictio ein, weil sonst der Andere das Empfangene sine causa haben würde. Weil demnach die Leistung desjenigen, welcher ein zweiseitiges pactum zuerst erfüllte, in keiner Weise als Erfüllung einer obligatio betrachtet werden konnte, so hatte sie auch für ihn selbst keinen bin-

---

*r*) l. 28 C. de pactis. *s*) Fr. Vat. §. 263, 293.

benden Charakter, so lange die Gegenleistung noch nicht erfolgt war, durch welche seine Leistung erst eine causa erhielt, und bindend ward. Deßhalb konnte er auch, selbst wenn es noch nicht entschieden war, daß der andere nicht leisten werde, seinen Sinn ändern, die Erwartung, um derenwillen er geleistet hatte, aufgeben, somit seine Leistung zu einer sine causa gemachten stempeln, und sie zurückfordern. Diese Sinnesänderung ist ein Bereuen der bei der Leistung gesetzten causa futura, somit der Leistung selbst, und deßhalb fand hier die condictio möglicherweise aus zwei Motiven statt, entweder, weil es entschieden war, daß die Gegenleistung nicht erfolgen werde, oder weil der Geber selbst sie nicht mehr wollte. Deutlich sagt dies Ulpianus in l. 3 §. 2 D. de cond. c. d.

Sed si tibi dedero, ut Stichum manumittas, *si non facis* possum condicere *aut si me poeniteat*

und wiederholt denselben Satz in mehrern andern Gesetzen *t*). Daß hier aber nur die Anwendung der allgemeinen Grundsätze über die condictio c. d. c. n. s. und nicht etwa eine Singularität der zweiseitigen pacta vorliege, erhellt ganz klar aus der völlig gleichen Behandlung andrer Fälle, in welchen eine Leistung in Erwartung einer causa futura nicht durch ein pactum, sondern durch andere Vorgänge veranlaßt wird. Einen solchen durch einen letzten Willen herbeigeführten Fall enthalten die l. 1 §. 1. l. 2 D. eod.

Ulpianus lib. 26 ad Ed. l. 1 §. 1 D. cit.

Si parendi conditioni causa tibi dedero decem, mox repudiavero hereditatem vel legatum, possum condicere.

Hermogenianus lib. 2 Epit. l. 2 D. cit.

Sed et si falsum testamentum sine scelere ejus, qui dedit, vel inofficiosum pronuncietur, veluti causa non secuta decem repetentur.

---

*t*) l. 3 §. 3—7. l. 5 pr. D. eod.

Es war bekanntlich bei den Römern sehr häufig, Jemanden unter der Bedingung zum Erben einzusetzen oder mit einem Legate zu bedenken, daß er an eine bezeichnete Person eine bestimmte Sache oder Summe gebe. Diese testatorische Anordnung begründete natürlich für den Honorirten keine Obligation, und wenn dieser conditionis implendae oder conditioni parendi causa leistete, so geschah diese Leistung nicht ex causa praeterita *u*), sondern ex causa futura, in Erwartung der Erwerbung der Erbschaft oder des Legates, und konnte somit zurückgefordert werden, wenn diese Erwerbung nachher nicht eintrat. Der Grund dieses Nichteintretens konnte aber auch hier ein doppelter seyn; entweder wurde der Erwerb ohne und gegen den Willen des Honorirten unmöglich, weil z. B. das Testament als verfälscht oder inofficios angefochten und umgestoßen wurde, oder der Erwerb wurde von dem Honorirten freiwillig ausgeschlagen. Im ersten Falle ist das Verhältniß gerade so, als wenn bei einem zweiseitigen pactum die Gegenleistung verweigert wird; im zweiten liegt eine Willensänderung, eine Reue desjenigen, der geleistet hat, vor, indem er die causa futura, um derenwillen er leistete, selbst nicht mehr will, sondern die Erbschaft oder das Legat ausschlägt, und es ist offenbar rein zufällig, daß Ulpian nicht auch hier den Ausdruck poenitere gebraucht, sondern nur das technische repudiare. Die richtige Würdigung der hier betrachteten Reue *uu*) als einer nothwendigen Folge der Grundsätze über die Leistung ex causa futura ist aber deßhalb höchst wichtig, weil, wie sich unten in §. 6 zeigen wird, dieselbe von unsern Juristen vielfach mißverstanden worden ist.

---

*u*) Deßhalb erschien auch das so Gegebene nicht als Legat. l. 31 §. 2 D. de m. c. cap. l. 30 §. 7. l. 91 D. ad leg. Falc.

*uu*) Aehnliche Fälle enthalten l. 13 D. h. t. l. 3 §. 5 D. de coll. bon. — l. 7 §. 1 D. h. t. l. 38 §. 1 D. de usuris.

§. 4.

Bisher sind die Grundsätze des ältern Civilrechts über die Klagbarkeit der Verträge entwickelt worden. Sie lassen sich in den Satz zusammenfassen: Mit Ausnahme der eilf in §. 2 betrachteten Verträge mußten alle Verträge in Stipulationsform geschlossen werden, um eine **obligatio** und **actio** zu wirken, mit andern Worten um **contractus** zu seyn; ohne diese Form, als bloße **pacta** waren sie völlig wirkungslos.

Bei diesen Grundsätzen blieb aber das prätorische Recht nicht stehen, und es sind daher jetzt die Veränderungen zu untersuchen, welche das in allen Theilen der römischen Rechtsbildung so wirksame Princip des **jus gentium** in dieser Lehre hervorgebracht hat. Der Prätor gieng aber hier von dem Grundsatze aus: **Quid tam congruum est fidei humanae, quam ea, quae inter eos placuerunt, servare?** welcher sich als eine Anforderung der **aequitas naturalis** darstellte, und edicirte demgemäß also: **Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges plebiscita senatusconsulta edicta principum neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo;** also alle ohne Betrug und ohne direkte oder indirekte Verletzung gesetzlicher Bestimmungen geschlossnen **pacta** sollen geschützt werden *v*). Fragen wir aber, worin dieser Schutz des Prätor besteht, so antwortet uns Ulpian mit den Worten: **nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem,** und unterscheidet deßhalb: **juris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones,** indem er unter den ersten die von dem Civilrechte in ihrer natürlichen Gestalt bestätigten Real= und Consensualcontrakte, unter den letztern die **pacta** versteht *w*).

Die **pacta** erzeugten also keine Klage, sondern nur

*v*) **l. 1 pr. l. 7 §. 7 l. 28 pr. D. de pactis. l. 6 l. 17 l. 29 C. eod.**

*w*) **l. 7 pr. §. 4 D. de pactis.**

das eigenthümlich prätorische Schutzmittel der **exceptio** *x*), keine **obligatio** im eigentlichen Sinne, sondern nur eine **obligatio naturalis** *y*). Dies ist der Stellung, welche der Prätor im Allgemeinen zum Civilrechte einnahm, genau entsprechend; nirgends gab er seinen Instituten die gleiche Kraft und Wirksamkeit, wie sie den Instituten des Civilrechtes zukam, und so begnügte er sich denn auch hier damit, der in dem **pactum** liegenden **naturalis aequitas** insoweit Wirkung zu geben, daß eine Naturalobligation entstand, und im Wege der Abwehr der civilrechtlichen Unbilligkeit durch **exceptio** geltend gemacht werden konnte. Dies darf aber nicht, wie es von einigen ältern Juristen und neuerdings von Meyerfeld, von der Schenkung I, S. 344—346 geschehen ist, so verstanden werden, als habe sich die prätorische **exceptio pacti** überhaupt nur auf solche **pacta** bezogen, welche ihrem Inhalte nach auf Aufhebung einer Civilklage gerichtet waren, die sog. **pacta de non petendo**, nicht aber auf diejenigen, welche das Versprechen einer Leistung enthielten. Denn diese Ansicht wird nicht blos durch die ganz generelle Fassung des Edikts, sondern auch durch specielle Gesetze widerlegt, welche den prätorischen Schutz, **obligatio naturalis** und **exceptio**, auch bei constituirenden **pactis** eintreten lassen *z*). Ebensowenig darf man diesen prätorischen Schutz auf die einseitigen **pacta** beschränken, wie jetzt Walter, S. 618 thun will; denn auch hiegegen sprechen die Worte des Edikts und specielle Gesetze *a*).

---

*x*) l. 7 §. 18 l. 10 §. 1, 2 l. 17 §. 7 l. 18 l. 19 pr. l. 27 §. 2, 3, 5—8 l. 32 l. 45 D. de pactis. l. 40 D. de R. C. l. 94 §. 3 D. de solut.

*y*) l. 5 §. 2 D. de solut. l. 84 §. 1 D. de R. J.

*z*) l. 27 §. 3 l. 52 §. 1, 2 D. de pactis l. 7 l. 8 C. eod. l. 5 §. 2 l. 94 §. 3 D. de solut. — Büchel, Erörterungen, II, p. 60—64.

*a*) l. 35 l. 40 §. 1 l. 41 l. 47 pr. l. 52 §. 3 D. de pactis. l. 16 D. de transact. l. 21 C. de pactis.

Walter hat sich auch zu dieser Ansicht nur dadurch verleiten lassen, daß er ausschließlich den bei zweiseitigen pactis im spätern Rechte eintretenden wirksamern Schutz durch die actio praescriptis verbis in's Auge faßte; allein theils bestand dieser Schutz bekanntlich noch nicht, als der Prätor sein edictum de pactis aufstellte, und es wäre daher ganz unbegreiflich, warum er sein Princip nicht auch auf die zweiseitigen pacta hätte ausdehnen sollen, deren Aufrechthaltung die aequitas noch viel dringender fordert, weil sie eben oneroser Natur sind, theils ist auch nach Ausbildung der actio praescriptis verbis die exceptio hier nicht werthlos, wie die exceptio transactionis beweist.

Verfolgen wir nun das prätorische Princip in seinen einzelnen Anwendungen geradeso, wie dies oben in Bezug auf den civilrechtlichen Grundsatz der Wirkungslosigkeit der pacta geschehen ist! Wenn ein pactum auf Erlassen einer Schuld gerichtet war, sey es nun unmittelbar oder mittelbar, so trat der Klage aus jener erlassenen Forderung die exceptio pacti oder doli entgegen, und diese war, jenachdem das pactum entweder in rem oder in personam gefaßt war, selbst entweder eine exceptio in rem oder in personam *b*). Wenn dagegen ein pactum auf die Begründung von Obligationen gerichtet wurde, so ist zu unterscheiden, ob es ein einseitiges oder zweiseitiges war. Im ersten Falle fand zwar keine Klage statt, allein, wenn das Versprechen erfüllt war, so war eine obligatio naturalis erfüllt, und die Leistung konnte daher, auch wenn sie irrthümlich erfolgt war, nicht zurückgefordert werden; vielmehr trat der condictio indebiti die exceptio pacti entgegen *c*). Zwar behauptet Meyerfeld S. 345, in einem solchen Falle stehe die condictio indebiti schon ipso jure

---

*b*) l. 7 §. 8—19 l. 8 l. 9—16 l. 17 §. 1—7 l. 18—33 D. de pactis. l. 2 l. 5 C. eod.

c) l. 5 §. 2 l. 94 §. 3 D. de solut. vgl. mit l. 10 D. de O. et A.

nicht zu; allein diese ohne gesetzliche Belege aufgestellte Ansicht ist deßhalb ganz irrig, weil ja vom civilrechtlichen Standpunkte aus das pactum wirkungslos, also die condictio indebiti begründet ist *d*), weßhalb denn auch in den Quellen mehrmals das durch ein pactum Versprochene ein indebitum genannt wird *e*). Ebenso wenig darf man aber deßhalb leugnen, daß aus dem pactum eine obligatio naturalis entspringe; denn sie ist in den Quellen, wie schon gezeigt, ausdrücklich anerkannt, und zwar, was jeden Zweifel beseitigt, in denselben Gesetzen, welche das durch pactum Versprochene ein indebitum nennen. So spricht Ulpian in l. 5 §. 2 D. de solut. von usurae debitae und indebitae, und erklärt diesen Gegensatz durch die Worte: puta quaedam earum ex stipulatione, quaedam ex pacto naturaliter debebantur, woraus sich denn zugleich ergiebt, daß er in l. 7 §. 4 D. de pactis mit dem Satze pactio obligationem non parit nur die eigentliche, die Civilobligation meint. Demnach ist es nur die Verschiedenheit des Standpunktes, welche die durch ein pactum versprochene Leistung als indebitum oder debitum erscheinen läßt; jenes ist sie, wenn man sie civiliter, dieses, wenn man sie naturaliter betrachtet. Hieraus erklärt sich dann auch die l. 64 D. de cond. ind., wo Tryphonin sagt: debiti vel non debiti ratio in condictione naturaliter intelligenda est. Damit ist offenbar nur gesagt, daß auch ein debitum naturale die condictio ausschließt, nicht aber, daß dieser Ausschluß in derselben Weise eintritt, wie durch ein debitum civile. Steht nun aber fest, daß ein auf eine Leistung gerichtetes pactum eine obligatio naturalis begründet, so müssen ihr consequent auch alle übrigen Wirkungen der Naturschuld beigelegt werden, also Tauglichkeit zur Compensation, zum constitutum, zu Novation, Bürgschaft und Pfand.

Etwas anders gestaltet sich die Sache bei zweiseitigen

---

*d*) Büchel, S. 61. *e*) l. 5 §. 2 D. de solut. l. 28 C. de pactis.

pactis auf Leistung und Gegenleistung. Zwar findet auch hier von keiner Seite eine Klage statt, und kann dagegen, wenn von beiden Seiten erfüllt ist, auf keinen Fall eine Rückforderung eintreten, da diese, wie in §. 3 ausgeführt wurde, schon vom civilrechtlichen Standpunkte ausgeschlossen war, und nun durch die von beiden Seiten bestehende obligatio naturalis um so mehr ausgeschlossen wurde. Wohl aber entsteht die Frage, wie es zu halten sey, wenn nur der eine Contrahent erfüllt hat, ob hier das civilrechtliche Rückforderungsrecht ob causam non secutam noch Platz greife? Zur Verneinung dieser Frage könnte man sich aus folgenden Gründen bewogen finden. Seitdem aus dem pactum eine obligatio naturalis entsteht, leistet derjenige, welcher ein zweiseitiges pactum erfüllt, nicht mehr ex causa futura, nicht mehr blos in Erwartung der Gegenleistung, sondern ex causa praeterita aus dem ihn naturaliter bindenden Vertrage; er erfüllt eine Obligation, und die Anwendung der condictio c. d. c. n. s. ist deßhalb ausgeschlossen. Allein in den Quellen finden wir das Gegentheil; jenes civilrechtliche Rückforderungsrecht hat auch nach dem Edikte des Prätor über die pacta fortgedauert, und wird nicht blos von den klassischen Juristen, sondern auch aus deren Schriften noch in Justinian's Complication als geltend anerkannt *f*). Dadurch könnte man sich denn zu der Ansicht verleiten lassen, die zweiseitigen pacta hätten keine obligatio naturalis erzeugt, wie dies Walter, obgleich aus andern Gründen behauptet, wenn dies nicht, wie schon oben ausgeführt ist, durch die Natur der Sache und die Gesetze widerlegt würde. Der scheinbare Widerspruch löst sich aber ganz einfach. Eben weil das pactum keine Klage erzeugt, folglich derjenige Contrahent, welcher ein zweiseitiges pactum erfüllt hat, den andern nicht zur Gegenleistung zwingen kann, wäre es im höchsten Grade contra naturalem aequitatem, wenn seine eigene Leistung

---

*f*) l. 3 pr. §. 1—3 l. 4. l. 5 D. de cond. c. d. c. n. s.

für ihn schlechthin bindend und unwiderruflich wäre. Der andere Paciscent, welcher, ohne selbst zu leisten, ein Recht auf die empfangene Leistung des Gegentheils ansprechen, und der condictio c. d. c. n. s. desselben die exceptio pacti entgegenstellen wollte, würde offenbar dolose handeln, und seine exceptio durch die replica doli entkräftet werden. Diesen Gedanken finden wir auch klar ausgesprochen in l. 21 C. de pactis, wo die Kaiser über einen nur als pactum abgeschlossenen Vergleich also rescribiren:

Quod si adversarius tuus teneat, ex hoc placito nullam actionem natam esse, si tibi stipulatione non prospexisti, debes intelligere: *nec adversario tuo transactione uti concedendum est, nisi ea quae placita sunt, adimplere paratus sit.*

Offenbar ist dies dasselbe Princip, aus welchem der Prätor auch beim Kaufe die exceptio mercis non traditae ableitete, welche durch unsere Juristen zur sogenannten exceptio non adimpleti contractus ausgebildet wurde. Auf einen zweiseitigen Vertrag soll sich nur derjenige berufen können, der ihn nicht selbst unerfüllt läßt. Bei einem zweiseitigen contractus zeigt sich dies in der Zurückweisung der Klage, bei einem zweiseitigen pactum in der Verwerfung der exceptio, also in der Gestattung der civilrechtlichen condictio c. d. c. n. s.

Dieser Zustand trug nun aber offenbar etwas sehr Bedenkliches, und die Befolgung des prätorischen Satzes pacta servanda esse Gefährdendes in sich. Jene Rückforderung konnte nämlich begreiflich nur dann eintreten, wenn eine Sache gegeben war, und noch existirte. In allen andern Fällen war also Derjenige, welcher ein zweiseitiges pactum vertrauensvoll zu erfüllen den Anfang gemacht hatte, preisgegeben und hülflos, wenn der andre Theil sein Vertrauen täuschend die Gegenleistung vorenthielt. Hierin liegt denn deutlich das Bedürfniß einer Klage auf Erfüllung, und somit die genügende Erklärung für die Ausbildung der actio

praescriptis verbis, von welcher im folgenden Paragraphen gehandelt werden soll.

Der Prätor begnügte sich übrigens nicht in allen Fällen, die pacta durch exceptio zu schützen; in einigen gab er sogar eine Klage, die aber natürlich nur in factum concipirt werden konnte, und daher auch die obligatio nicht zur civilis machte. Solche prätorisch klagbare Forderungen hießen vielmehr auch obligationes naturales *g*), oder zur Unterscheidung von den klaglosen praetoriae, honorariae *h*), wornach denn unsere Juristen die pacta, aus welchen sie hervorgiengen, pacta praetoria nennen. Welche pacta es seyen, denen der Prätor in dieser Weise Klagbarkeit beilegte, ist unter uns bestritten; ein Eingehen auf diese Streitigkeiten ist aber für den Zweck dieser Abhandlung unnöthig und auch unzulässig, weil es für die Grundprincipien gleichgültig erscheint, ob die Zahl dieser pacta praetoria etwas größer oder kleiner ist. Unbestritten hieher gehörig ist nur das constitutum; mit Recht rechnen aber die Meisten das receptum der Schiffer und Wirthe, das receptum arbitrii, das pactum de jurejurando extrajudiciali, und, obgleich es nur eine dingliche Klage erzeugt, das pactum hypothecae hieher, während das compromissum und precarium gewiß ausgeschlossen werden müssen *i*).

## §. 5.

Die vorausgehende Untersuchung hat gezeigt, wie der prätorische Grundsatz pacta servanda esse in der Anwendung auf die zweiseitigen pacta das Bedürfniß einer Klage auf Erfüllung wenigstens für den Fall herausstellte, wenn

---

*g*) l. 10 D. de O. et A. l. 16 §. 3, 4 D. de fidejuss.

*h*) §. 1 J. de oblig. l. 5 pr. D. de pign. l. 8 §. 2. D. de fidej.

*i*) Ueber die verschiedenen Ansichten s. Buchholtz Abh. S. 281—289. Walter S. 620 not. 14. Tigerström S. 384 not. 3. Roßhirt S. 207—211.

der eine Theil den Vertrag erfüllt hatte, weil er hier durch ihm civilrechtlich zustehende condictio c. d. c. n. s. nicht genugsam gegen Verlust gesichert war. Die Befriedigung dieses Bedürfnisses erfolgte jedoch nicht durch den Prätor, sondern durch die Wissenschaft und Praxis der Kaiserzeit, also das jus civile im engsten Sinne, wenn gleich im Geiste und mit dem Charakter der prätorischen Rechtsbildung. Zwar konnte in manchen Fällen dieser Art die prätorische actio doli Platz greifen *k*), aber nicht in allen waren ihre Voraussetzungen begründet, auch war sie nicht auf Erfüllung, sondern nur auf Entschädigung zu richten. So entstand denn die Klage, welche unter dem Namen der actio praescriptis verbis oder civilis in factum actio bekannt ist. Die Voraussetzungen dieser Klage sind aber zwei, nämlich Consens über ein gegenseitiges Leisten und bereits vollständig erfolgte Leistung von Seite des Klägers.

Durch das erste Requisit erscheinen die Fälle, für welche diese Klage hauptsächlich bestimmt ist *l*), als ein ultro citroque obligare, als ein *συναλλαγμα*, und mithin, da die Klage durch ein Organ des Civilrechtes, wenn auch des spätern begründet ist, als contractus, welche eine civilis obligatio bewirken, weßhalb denn auch die Klage eine civilis actio heißt *m*). Diese Fälle sind daher den alten bona fidei contractus ähnlich, und daher findet sich in den Quellen so häufig die Zusammenstellung derselben mit diesen, und die Bestimmung ihrer Gränzen und Unterscheidung, wobei denn wohl auch unter den Juristen verschiedene Meinungen und Zweifel darüber bestanden, wie weit das bestimmte Gebiet der alten bonae fidei actiones

---

*k*) l. 5 §. 2, 3 l. 15 D. praescr. verb. l. 4 C. de dol. mal.

*l*) Eine analoge Anwendung ist es, daß damit auf Erfüllung eines modus geklagt werden kann. l. 9 C. de donat.

*m*) l. 7 §. 2 D. de pactis: „hoc *συναλλαγμα*, id est, contractum esse, et hinc nasci civilem obligationem.

reiche, und wo das unbestimmte dieser neuen *n*) beginne *o*). Demgemäß unterscheiden dann die Quellen diejenigen conventiones juris gentium, welche eine Klage erzeugen, in solche, quae in suo nomine non staut, sed transeunt in proprium nomen contractus und in solche, deren appellationes nullae jure civili proditae sunt; aus jenen entspringen die vulgaria et usitata actionum nomina, aus diesen die actio in factum s. praescriptis verbis, so genannt, weil sie durch ihre Wortfassung rem gestam demonstrat, d. h. die Gestaltung des Falles den Inhalt des Vertrages bezeichnet *p*). Damit ist also durchaus nicht gesagt, daß die durch die actio praescr. verbis klagbaren Geschäfte nicht auch besondere Namen erhalten konnten, und in der That hatten mehrere einen solchen, wie der Tausch, der ästimatorische Contrakt, und es erhielt auch bei ihnen die Klage einen Beinamen; sondern es ist nur gesagt, daß hier keines der alten bestimmt begränzten und von Altersher benannten, Geschäfte und Klagrechte, sondern ein novum negotium vorliege *q*), wozu Ulpian l. 4 D. h. t. ganz richtig bemerkt: natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia, quam vocabula, d. h. das Leben und der fortschreitende Verkehr erzeugen mehr Geschäfte, als das alte Recht und die darauf gestützte Rechtssprache anerkennt. Hieraus erhellt denn auch, daß es ein Mißgriff unserer Juristen war, den Mangel eines Namens überhaupt hier als etwas wesentliches zu betrach-

---

*n*) Daß die a. praescr. verb. eine actio b. f. sey, sagt auch ausdrücklich §. 28 J. de act., wo der Beisatz de aestimato und ex permutatione nur exemplificirt.

*o*) §. 2 J. de empt. §. 1, 2 J. de locat. l. 1 §. 1, 2 l. 5 §. 1, 2 l. 6 l. 13 l. 17 l. 18 l. 19 l. 20 l. 22 D. praescr. verb.

*p*) l. 7 §. 4 l. 7 pr. §. 1, 2 D. de pactis l. 1 pr. l. 2 l. 3 D. praescr. verb. l. 6 C. de transact.

*q*) l. 19 pr. l. 12 D. h. t.

trachten, und diese Geschäfte darnach Innominatcontrakte zu nennen; dieser Mißgriff hatte nicht blos die Verkehrtheit zur Folge, daß man die gleichwohl benannten unbenannten Verträge für irregulares erklärte, sondern auch eine Reihe von Mißverständnissen, welche in §. 6 besprochen werden sollen. Die Quellen bezeichnen übrigens ganz consequent jenen Gegensatz der zweiseitigen Geschäfte auch noch dadurch, daß sie die altcivilrechtlichen contractus certi, diese nova negotia aber wegen ihres völlig unbegränzten Gebietes contractus incerti, und eben deßhalb auch die actio praescr. verb. eine incerti actio nennen *r*).

Das zweite Requisit unserer Klage wird von Ulpian in l. 7 §. 2 D. de pactis mit den Worten bezeichnet, si causa subest. Daß diese causa nicht in dem Consense zu suchen ist, sagt nicht blos der §. 4 dieses Gesetzes, wo statt propter gelesen werden muß praeter, sondern auch zwei andere Gesetze, die l. 8 und l. 15 D. praescr. verb. In der ersten Stelle behandelt Papinian den Fall, wo ein des Diebstahls angeklagter Sklave geschätzt zur Untersuchung übergeben, aber unschuldig befunden wird; es fragt sich, mit welcher Klage der Herr die Schätzungssumme einklagen könne, und der Jurist antwortet,

> tametsi quod inter eos ageretur verbis quoque stipulationis conclusum non fuisset, si tamen lex contractus non lateret, praescriptis verbis incerti et hic agi posse, *nec videri nudum pactum* intervenisse, quotiens *certa lege dari* probaretur.

Nicht der bloße Consens an sich, das nudum pactum, begründet also die Klage, sondern der Umstand, daß etwas gegeben wird unter einer bestimmten Verabredung. Ganz ähnlich spricht sich Ulpian in der l. 15 cit. aus, in welcher

---

*r*) l. 9 pr. D. de R. C. l. 7 §. 2 D. de pactis l. 6 l. 8 D. praesc. verb.

cher er die Belohnung behandelt, welche Jemand von dem Herrn eines entlaufenen Sklaven für die Anzeige des Aufenthaltes desselben empfängt. Ist eine solche Belohnung gegeben, so hat, sagt der Jurist, der Empfänger einen erlaubten Erwerbgrund für sich, und keine Rückforderungsklage zu fürchten; dann fährt er fort:

Quod si solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut *si indicasset apprehensusque esset* fugitivus, certum aliquid daretur, videamus an possit agere? Et quidem *conventio ista non est nuda*, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod: ergo civilis actio oriri potest, id est, praescriptis verbis.

Scheinbar ist in diesem Gesetze der bloße Consens zur Klage hinreichend, und der Gegensatz des pactum nudum nur in dem Worte negotium zu suchen; allein dies ist nur scheinbar, indem der Jurist offenbar die Klage auf die versprochene Belohnung erst dann entstehen läßt, wenn der Sklave angezeigt und eingebracht ist; deßhalb heißt es auch am Schlusse nur: oriri *potest*, und der Sinn der Entscheidung ist der: es liegt hier nicht ein einfaches pactum vor, sondern ein novum negotium, ein Consens über Leistung und Gegenleistung, welcher durch die Erfüllung des einen Theils klagbar werden kann.

Faßt man nun diese beiden Gesetze zusammen, so ergiebt sich zugleich, daß jene causa in der um der Gegenleistung willen gemachten Leistung besteht; denn Papinian gründet die Klage auf ein dare, Ulpian auf ein facere des Klägers, was vorausgegangen ist, dare und facere sind aber die beiden Hauptarten der Leistung. Combinirt man diese beiden Leistungsarten mit einander, so ergeben sich vier Reihen zweiseitiger Verträge und somit auch der Anwendbarkeit der actio pr. v., nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, und in der That stellt Paulus in l. 5 D. de praescr. verb. die

Sache gerade so dar. Er untersucht hier den totius ob rem dati tractatus, d. h. die ganze Lehre von den um einer Gegenleistung willen gemachten Leistungen, und unterscheidet dann jene vier Species. Zwar könnte es scheinen, als ob Paulus in §. 3 dieses Gesetzes in dem Falle facio ut des die actio praescr. verb. ausschlöße, und unsere Juristen haben darauf hin die wunderlichsten Meinungen gebildet; allein dieser Schein verschwindet, wenn man das Gesetz zu Ende liest. In dem §. 5 gestattet der Jurist in den Fällen des facio ut facias die actio pr. verbis, und setzt dann in §. 5 hinzu: si ergo haec sunt, ubi de faciendo ab utroque convenit, et in proposita quaestione idem dici potest, wodurch denn consequent nicht blos der in dem pr. des Gesetzes enthaltene Fall, sondern auch der des §. 3 entschieden ist, indem, wenn das facere überhaupt hinreicht, die actio pr. v. zu begründen, dies in gleicher Weise eintreten muß, die Gegenleistung mag auf ein facere oder dare gerichtet seyn. Nicht unwahrscheinlich ist es übrigens, daß die römischen Juristen anfänglich nur das dare die actio pr. v. begründen ließen, wie denn auch Ulpian in l. 7 §. 2 D. de pactis nur dieses erwähnt, indem sie sich vielleicht an den Satz anschloßen: in traditionibus rerum quodcunque pactum sit, id valere *s*). Allein eine genauere Betrachtung mußte die Verschiedenheit dieser beiden Principien zeigen, indem sich dieser letzte Satz auf die eigene Wirkung der Tradition bezieht, dort aber das dare nur als Begründung eines Anspruchs auf Gegenleistung erscheint, mithin in seiner Bedeutung als Leistung an sich, welche Bedeutung das facere auch hat, wenn es auf die erwartete Gegenleistung ausdrücklich, certa lex contractus, bezogen wird. Jedenfalls ist aber die Zuläßigkeit der actio pr. v. auch bei einem Vertrage nach der Form facio ut des durch die Gesetze entschieden anerkannt *t*).

---

*s*) l. 48 D. de pactis. *t*) l. 15 l. 22 D. h. t. l. 6 C. de transac

Diese bisher entwickelten Sätze veranlassen nun aber die Frage, warum die römischen Juristen die Voraussetzungen der **actio pr. v.** so gestellt haben, wie sie gethan, warum sie die Leistung von Seite des Klägers forderten, und das **negotium** nicht geradezu durch den Consens klagbar werden ließen? Die Antwort hierauf dürfte in Folgendem liegen. Sie wollten und durften sich von dem alten Grundprincipe ihres Rechtes, welches die Stipulation zur Klagbarkeit forderte, und so viele praktische Vortheile gewährte, nicht weiter entfernen, als es zur Abwendung von offenbaren Härten und Unbilligkeiten absolut nothwendig erschien; eine solche Unbilligkeit und damit das Bedürfniß einer Klage ohne Stipulation trat aber nach den Ausführungen unsers §. 4 nur dann ein, wenn ein zweiseitiges **pactum** von dem einen Theile vertrauensvoll in Erwartung der Gegenleistung erfüllt war, indem hier die von dem Civilrechte gegebene **condictio c. d. c. n. s.** nicht immer hinreichte, schadlos zu halten. Sie betrachteten hier die geschehene Leistung als Ersatz der Stipulation, als Mittel, das im Momente seiner Eingehung durch den Consens nicht klagbare **negotium** nachträglich noch klagbar zu machen, und somit die **actio pr. v.** nicht sowohl als Abweichung vom Stipulationssysteme, als vielmehr nur als Ergänzung desselben, insoferne durch die Erfüllung des einen Theils die entschiedne Ernstlichkeit des Consenses wenigstens unzweifelhaft erkannt wurde. Diese ergänzende, subsidiäre Stellung der **causa** bei der **actio pr. v.** zur Stipulation geht aus den Gesetzen klar hervor, indem diese sehr oft die Stipulation und die Leistung nebeneinander als die zwei allgemeinen Mittel der Klagbegründung nennen *u*); außer der schon oben wörtlich angeführten **l. 8 D. pr. verb.** mag hier besonders erinnert werden an die Worte der **l. 45 D. de pactis**: „**Divisionis placitum, nisi traditione vel**

---

*u*) l. 45 D. de pactis. l. 8 l. 24 D. praescr. verb. l. 7 C. de pactis l. 6 C. de transact. l. 4 C. de rer. permut.

stipulatione sumat effectum, ad actionem ut nudum pactum nulli prodesse poterit" und an den Schluß der l. 6 C. de transact.: „aut enim stipulatio conventione subdita est, et ex stipulatu actio competit: aut *si omissa verborum* obligatio est, utilis actio, quae praescriptis verbis *rem gestam* demonstrat, danda est."

Durch diese Auffassung beantwortet sich zugleich die weitere Frage, ob die Juristen nach Ausbildung der actio praescr. verbis das civilrechtliche Rückforderungsrecht ob causam dati noch bestehen ließen? Man könnte sich nämlich veranlaßt fühlen, zu glauben, sobald einmal demjenigen, der ein zweiseitiges pactum erfüllt hatte, eine Klage auf Gegenleistung gegeben ward, habe er das Rückforderungsrecht nicht mehr nöthig gehabt, und man habe es ihm nun gerade so verweigern müssen, wie es von jeher demjenigen verweigert wurde, der einen Consensualkontrakt erfüllt hatte. Allein die Gesetze entscheiden für das Gegentheil, und lassen fortwährend die Rückforderung (sowohl wegen verweigerter Gegenleistung als auch aus Reue zu *v*), so daß sie demjenigen, welcher ein zweiseitiges pactum erfüllt hat, freie Wahl geben, ob er mit der condictio c. d. c. n. s. auf Rückgabe, oder mit der actio pr. v. auf Erfüllung klagen will *w*). Daher findet die Rückforderung um so mehr dann statt, wenn aus besondern Gründen troß der Leistung die actio pr. verb. nicht Platz greift, nämlich, wenn die Leistung nicht vollständig war, z. B. beim Tausche eine fremde Sache gegeben wurde *x*), oder wenn kein Interesse an der Gegenleistung geschätzt werden kann *y*), oder endlich wenn die Gegenleistung ohne Schuld des andern Theils unmöglich geworden ist, z. B. weil die Sache, die er leisten sollte, durch Zufall zu Grunde gieng. Hieraus erklären sich die Worte des Paulus in l. 5 §. 1 D. praescr. verb., in

*v*) l. 3 pr. §. 1—3 l. 4 l. 5 pr. D. de cond. c. d.

*w*) l. 5 pr. §. 1, 2 l. 7. D. praescr. verb.

*x*) l. 1 §. 3, 4 D. de permut. *y*) l. 7 D. praescr. verb.

welchen die Ausleger ohne Grund Schwierigkeiten gefunden haben: **Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit: ac tu duntaxat culpam praestare debes.** Die Folge dieses **periculum**, welche Paulus nicht angiebt, ist nämlich nicht, wie manche um der unmittelbar vorhergehenden Erwähnung der **condictio** willen geglaubt haben, die, daß die Rückfordrung nicht zugelassen werde, indem diese vielmehr **ob poenitentiam** auch hier Platz greift *z*), sondern die Folge ist die, daß die **actio pr. verb.** auf das Interesse, von welcher Paulus im Anfange des §. 1 spricht, nicht stattfindet. Die Analogie der **actio pr. v.** mit den alten **b. f. actiones** aus den zweiseitigen Consensualkontrakten wirkt also auch in der Beziehung, daß ihre Vereitlung durch **casus** den Kläger trifft; nur braucht er nicht, wie der Käufer seine Leistung auch noch zu verlieren, weil ihm der alte Gesichtspunkt der **datio ob causam** gewahrt ist. Der Grund, warum die Juristen diesen alten Gesichtspunkt fortdauern ließen, ist aber eben der schon vorhin ausgesprochene Gedanke, daß sie bei Einführung der **actio pr. v.** nicht das alte Civilrecht umstoßen, sondern nur eine Lücke desselben ergänzen wollten. Will oder bedarf also Jemand dieser neuen Hülfe nicht, ist er schon durch die Grundsätze über die **datio ob causam** hinreichend gegen Verletzung gesichert, so war ja durchaus kein Grund denkbar, ihm diese längst bestehende Rechtshülfe zu entziehen *zz*). Der Zuläßigkeit der Rückforderung widerspricht auch die **l. 3 §. 3 D. de cond. c. d.** nicht, denn ihre Worte **si minus, cessare**, schließen für den Fall, daß etwas gegeben war, damit ein Sklave

---

*z*) **l. 5 pr. l. 16 D. de cond. c. d.**

*zz*) Daß auch beim Vergleiche keine Ausnahme eintritt, zeigt **l. 1 D. de cond. c. d. l. 23 l. 65 §. 1 D. de cond. ind.**, woraus sich auch **l. 17 l. 29 l. 39 C. de transact.** erklären. Schmitthenner, über Verträge. Gießen **1831.** S. **123—134.** Thibaut, System §. **468 not. n.** —

manumittirt werde, und dieser innerhalb der gesetzten Zeit starb, zwar die Rückforderung wegen schuldvoller Nichterfüllung aus, nicht aber die wegen Reue; dies erhellt theils aus den im Eingange enthaltenen Worten **nisi poeniteat**, theil aus der ganz gleichen Entscheidung der **l. 5 D. eod.** von demselben Juristen, welches Gesetz den Grundsatz in sehr feinen Anwendungen durchführt, daß auch bei eingetretner Unmöglichkeit der Gegenleistung die Rückforderung wegen Reue Platz greift, außer insoweit der Empfänger bereits durch Vorbereitung der Gegenleistung Auslagen gehabt, oder Schaden erlitten hat. So ist auch **l. 10 C. eod.** zu erklären.

Zuletzt entsteht nun noch die Frage, ob die **actio pr. verb.** zu ihrer Begründung immer die wirklich erfolgte Leistung voraussetzt, oder ob nicht die durch **casus** herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung dieser letztern selbst gleichsteht, und die Klage auf Gegenleistung begründet? Nach den obigen Ausführungen ist diese Frage gewiß zu verneinen; da, wie gezeigt wurde, die Unmöglichkeit der eignen Leistung nicht einmal ein Recht giebt, das bereits Empfangene zu behalten, so kann sie noch viel weniger zur Klage berechtigen. Gleichwohl scheint Ulpian das Gegentheil in **l. 3 §. 4 D. de cond. c. d.** zu sagen, wo er an den vorhin erwähnten Fall folgende Worte anreiht:

**Quinimo et si nihil tibi dedi, ut manumitteres, placuerat tamen ut darem, ultro tibi competere actionem, quae ex hoc contractu nascitur, id est condictionem *defuncto quoque eo.***

Daß hier unter der **condictio** nicht die **condictio c. d.** gedacht werden kann, ist klar, weil diese nicht **ex contractu** entspringt, und weil ja in dem Falle dieses Gesetzes nichts gegeben worden ist. Ulpian hat hier offenbar eine Klage auf Leistung des versprochnen Gegenstandes im Sinne, und seit der Glosse beziehen daher die Ausleger das Wort **condictio** hier auf die **actio pr. verb.**, indem sie es in seiner weitern Bedeutung für persönliche Klage über-

haupt[a]) auffassen. Demnach wird hier die actio pr. v. auch nach dem Tode des Sklaven gestattet, welcher manumittirt werden sollte, also einem Theile, der noch nicht erfüllt hat, und es scheint somit die Unmöglichkeit der Erfüllung dieser selbst gleich zu stehen. Dieser Schwierigkeit kann man nicht mit Gans S. 193 dadurch entgehen, daß man die Worte defuncto quoque eo wegläßt, oder mit Schmitthenner[b]), durch die Annahme, der Sklave sey nach der manumissio gestorben; denn dies widerstreitet dem ganzen Zusammenhang der Stelle. Die Lösung liegt vielmehr in dem in l. 5 D. eod. entwickelten Grundsatze, daß die Rückforderung des Gegebenen auch wegen Reue insoweit nicht statt findet, als der Empfänger, dem die Gegenleistung unmöglich wird, bereits durch die Vorbereitung für diese Schaden erlitten hat. In l. 5 §. 4 D. cit. insbesondere behandelt Ulpian den gleichen Fall, und sagt, wenn Jemand Geld empfangen hat, damit er einen Sklaven manumittire, und dieser vor der Entlassung stirbt, so kann das Geld nicht zurückgefordert werden, wenn der Empfänger seinen Sklaven verkaufen wollte, und sich nur durch jenen Vertrag vom Verkaufe abhalten ließ, oder wenn der Tod des Sklaven lediglich durch die Reise herbeigeführt wurde, welche zum Zwecke der Manumission an den Sitz der Obrigkeit unternommen ward. Hier gilt also der durch die Vorbereitung zur Gegenleistung erlittene Verlust des Sklaven für die Gegenleistung selbst, um die condictio c. d. auszuschließen. Deßhalb ist es denn ganz consequent, dasselbe auch bei der Begründung der actio pr. verb. gelten zu lassen, und hierauf muß unsere l. 3 §. 4 D. h. t. bezogen werden. So enthält sie zugleich eine feine und consequente Durchbildung der actio praescr. verb., die demnach durch die eigene

---

a) §. 15 J. de action. l. 19 §. 2 D. de precario.

b) Ueber Verträge, insbesondre das Reuerecht. Gießen 1837. S. 120.

Leistung oder zur Vorbereitung derselben eingetretene Vermögensaufopferung begründet wird. —

Außer der bisher untersuchten actio praescr. verb. als Ergänzung der Stipulationsnothwendigkeit hat das neuere Civilrecht aber auch noch einige reine Ausnahmen von dieser Nothwendigkeit zugelassen, indem es aus einigen Verträgen durch den bloßen Consens eine Klage entstehen ließ, welche unsere Juristen deßhalb pacta legitima nennen. Es wird hieher das Versprechen einer dos, die Schenkung, und das Compromiß gerechnet. Das erste ist aus der alten dotis dictio in Folge des Verschwindens der lateinischen Sprache hervorgegangen *c)*, das zweite aus den Veränderungen des Cincischen Rechts und dem Insinuationsprincipe; bei dem Compromisse gibt aber der bloße Consens auch im neusten Rechte keine Klage, sondern nur die ausdrückliche oder stillschweigende Anerkennung des vom arbiter gefällten Ausspruchs *d)*. Jedenfalls konnten aber diese Ausnahmen *dd)* das Grundprincip nicht im Mindesten ändern, und sind daher auch in des Kaisers Institutionen bei der Darstellung des Systems der klagbaren Verträge ganz übergangen.

## §. 6.

Ich habe bei der bisherigen Entwicklung die abweichenden Ansichten Anderer fast ganz unberührt gelassen, um meine Auffassung um so einfacher hervortreten zu lassen. Jetzt muß aber noch ein prüfender Blick auf die bisherigen Darstellungen dieser Lehren geworfen werden, um dabei auszusprechen, worin ich von denselben abzuweichen glaube.

---

*c)* Als pactum adjectum zum consensus nuptialis wie Roßhirt S. 210 meint, kann man es schon deßhalb nicht betrachten, weil es auch der Ehe vorausgehen und nachfolgen kann.

*d)* l. 5 C. de receptis.

*dd)* Der sog. contractus emphyt. ist eigentlich nur eine Modifikation des Pachtvertrages; daher die Stellung in Cod. IV, 65 66. —

Als unsere Juristen anfingen, das römische Privatrecht nicht mehr nach der Legalordnung der Pandekten darzustellen, legten die meisten ihrem Systeme der Verträge die Sonderung der **contractus** und **pacta** zu Grunde, indem sie das von Justinian in den **Instit. lib. III. tit. 14—28** Angedeutete weiter ausführten, wie dies bis in die neuste Zeit in den Lehrbüchern von Mackeldey, Thibaut und Marezoll geschehen ist. Daß dies wenigstens für Pandektenvorträge unzweckmäßig sey, darf jetzt wohl als anerkannt betrachtet werden, und hierüber wird sich die folgende Abhandlung aussprechen. Unsere Juristen haben aber auch bei der Ausführung des Systems der **contractus** und **pacta** sich einige Abweichungen von den Quellen erlaubt, welche, selbst auf Mißverständnissen ruhend, viele weitere Irrthümer und neuerdings Kämpfe veranlaßten. Hierüber muß hier gesprochen werden.

Zunächst hat man gewöhnlich den vier Arten der Contrakte eine falsche Stellung zu einander angewiesen, indem man sie in folgende Ordnung brachte: Consensual-, Real-, Verbal-, Literalcontrakte *e*). Dadurch sind die Ausnahmen vorangestellt, die Regel nachgeschleppt, und so beide um ihr richtiges Verständniß gebracht. Die **obligationes ex verbis et literis** entstanden ja nicht, wie die übrigen, aus bestimmten einzelnen Verträgen, sondern waren die allgemeinen Formen, in welchen fast alle Verträge klagbar gemacht werden konnten und mußten. So wenig man für das heutige Recht die Protokollirung oder schriftliche Errichtung als einzelne Vertragsarten den übrigen coordiniren darf, ebensowenig darf man dies mit der Stipulation thun, woraus z. B. die Verkehrtheit entstand, daß Mackeldey die **fidejussio** unter die **pacta adjecta** stellte. Die Consensualverträge müssen als Ausnahmen zuletzt gestellt werden, wie dies auch jetzt von den Meisten geschieht *f*); und

---

*e*) Mackeldey §. 364 — 416.

*f*) Thibaut §. 467. Marezoll, Lehrb. d. Institutionen §. 114—122. Puchta, Lehrbuch der Pandekten §. 242.

wenn Gajus und Justinian die Realverträge voraus- stellen, so geschieht dies nicht deßhalb, als forderten sie zu ihrer Perfektion noch mehr als die **verborum obligationes**, sondern in folgender Gedankenverbindung. Zur Entstehung einer **obligatio** gehört Bestimmtheit des Gegenstandes; diese haben die auf Rückgabe einer hingegebenen Sache gerichteten Verträge schon an sich, und darum entsteht hier die **obligatio ex re**; die übrigen müssen diese Bestimmtheit durch die gesprochenen oder geschriebenen solennen Worte erhalten.

Noch weit nachtheiliger ist aber die auch jetzt noch fast allgemeine Ansicht, wornach diejenigen Fälle, in denen aus einem zweiseitigen **pactum** durch die Leistung des einen Theils die **actio praescr. v.** begründet wurde, den Realcontrakten beigezählt und unter dem Namen der **innominati** den vier alten Realcontrakten als den **nominatis** gegenübergestellt werden. Diese Auffassung hat zwar von Gans *g*) einen sehr geharnischten Angriff erfahren; allein es sind dabei theils mehrere wohlbegründete Sätze auch mitverworfen, theils die wirklich unbegründeten durch falsche Argumente angegriffen worden *h*), und so ist denn die alte Lehre durch zwei neuere Abhandlungen wieder vertheidigt, zum Theile sogar gerade in den angegriffenen Sätzen erweitert und auf die Spitze getrieben *i*), übrigens auch in den Lehrbüchern beibehalten worden. Gleichwohl glaube ich, daß die Zusammenstellung der Innominatverträge mit den Realverträgen nicht blos die formelle Auffassung in den Quellen, sondern auch die Natur dieser Verhältnisse gegen sich hat, und die Quelle nicht geringer Mißverständnisse geworden ist, und will versuchen, dies nachzuweisen. Dabei

---

*g*) Ueber römisches Obligationenrecht. Heidelberg 1819. 3te Abh.

*h*) Mühlenbruch in den Heidelberger Jahrb. 1821. S. 70—74.

*i*) Meno Pöhls, die Lehre von Innominat-Contrakten. Heidelberg 1821. Schmitthenner, über Verträge, insbes. das Reuerecht. Gießen 1831.

bin ich aber weit entfernt, zu leugnen, daß die Klagbarkeit der zweiseitigen pacta durch die actio pr. v. den Charakter des Contrakts gehabt, oder daß dieselbe durch die Leistung begründet worden sey; dies letztere leugnet Gans *k*), ist aber schon durch Mühlenbruch hinreichend widerlegt, und was ich hierüber oben in §. 5 gesagt habe, sichert mich davor, mißverstanden zu werden; ich leugne vielmehr nur, daß die sogen. Innominatkontrakte dadurch den Realcontrakten gleich oder auch nur ähnlich geworden seyen. Was endlich den Namen anlangt, so halte ich ihn zwar, weil mehrere dieser Verträge Namen haben, für unpassend, und würde nach den Quellen nova negotia, Contrakte des neuern Rechtes sagen; allein um Worte streite ich nicht gerne, und will daher den allgemein gebräuchlichen Namen beibehalten.

Was nun zunächst die formelle Auffassung in den Quellen anlangt, so finden wir die Innominatkontrakte in diesen nirgends mit den Realkontrakten auch nur in die entfernteste Verbindung gebracht. Daß die ganze Lehre in den Institutionen von Gajus und Justinian nicht erwähnt sey, hat schon Gans S. 188 berührt; weil er aber daraus die offenbar irrige Folgerung zog, daß die ganze Lehre nicht existire, glaubten Pöhls und Schmitthenner durch die Bemerkung, daß die Lehre ja in den Pandekten stehe, genug gethan zu haben. Fragen wir nun aber nach der Stelle, die ihr in den Pandekten angewiesen ist, so ergiebt sich Folgendes. Die Realverträge sind im 12ten und 13ten Buche dargestellt ohne die geringste Hindeutung auf die Fälle der actio praescr. verb.; ja es findet sich in den vier einschlägigen Titeln nicht einmal eine Erwähnung dieser Klage. Die Theorie derselben ist vielmehr zweimal ex professo an ganz andern Orten vorgetragen; zuerst in dem Titel de pactis, namentlich in l. 7, sodann am Schlusse des ganzen Systems der persönlichen Klagen in lib. XIX. tit. 5.,

---

*k*) Aehnlich ist Roßhirt S. 200—207.

und in beiden Darstellungen findet sich wieder umgekehrt nicht die geringste Hinweisung auf die Realkontrakte; denn daß die actio pr. v. in Fällen gegeben wird, welche ihrem Inhalte nach einem Realkontrakte ähnlich sind *l*), entscheidet hier nichts, weil diese Aehnlichkeit noch viel häufiger mit den Consensualkontrakten eintritt *m*). Dieß Alles berechtigt zu dem Schlusse, daß die Innominatverträge und die Realverträge ihrem ganzen innern Wesen nach verschieden seyn müssen, und auch dieses dürfte sich nachweisen lassen.

Die Realverträge sind Verträge, welche auf Rückgabe einer hingegebenen Sache gerichtet sind, und sie sind daher ihrem Begriffe nach, wie er auch schon im jus gentium steht, nicht eher perfekt, als bis hingegeben worden ist. Von einem Darlehen oder Depositum kann begreiflich nicht eher gesprochen werden, als bis etwas geliehen oder deponirt ist, und das Versprechen etwas leihen oder zur Aufbewahrung übernehmen zu wollen, ist ein von dem Darlehen und Depositum selbst wesentlich verschiedenes pactum, welches nur durch Stipulation klagbar werden konnte *n*). Darum sind auch die Realverträge ihrem Begriffe nach einseitige Verträge, und es können dabei nur zufällige Gegenforderungen entstehen, welche durch eine actio contraria geltend gemacht werden, nicht aber wahre Gegenleistungen vorkommen. Ganz anders ist dies alles bei den Innominatverträgen. Sie sind schon ihrem Begriffe nach zweiseitige pacta, auf wahre Gegenleistungen gerichtet, und ebendeßhalb in die vier Rubriken gebracht, in welche durch Combination des dare und facere alle zweiseitigen Verträge, auch die Consensualcontrakte, passen. Daher könnten sie auch ihrem Begriffe nach durch den bloßen Consens perfekt

*l*) z. B. l. 17 §. 2, 3, 5. l. 18—20 D. pr. v.

*m*) l. 5—9. l. 12—15. l. 22 D. eod. Daher steht auch im Codex der Titel de permutatione et praescr. v. zwischen Kauf und Miethe. Cod. IV, 63—65.

*n*) l. 32 D. de R. C. l. 68 D. de V. O.

und klagbar seyn, und daß sie es erst durch eine Leistung werden, ist lediglich Folge des römischen Grundsatzes über die Nothwendigkeit der Stipulation, deren Mangel im einzelnen Falle durch jene Leistung ersetzt wird. Deßhalb gestatten die Gesetze in den Fällen, da durch Leistung die actio pr. verb. begründet wird, auch ohne Leistung eine Klage, wenn der Vertrag in Stipulation gefaßt war *o*). Man könnte daher auch sagen, die vier alten Verträge sind Realverträge des jus gentium, die unbenannten nur nach Civilrecht. Allein auch so aufgefaßt bleibt noch immer ein wesentlicher Unterschied in der Leistung selbst. Diese besteht nämlich bei den alten Realcontrakten immer in einer res im eigentlichen Sinne, und zwar in einem dare oder tradere derselben, während die actio pr. v. durch jede Prästation auch durch ein facere oder sogar ein vertragsmäßiges non facere *p*) begründet wird; deßhalb wird auch von den Fällen der actio pr. v. in den Quellen nirgends gesagt obligatio re contrahitur, sondern subest causa *q*), und man müßte daher diese Verträge eher Causal- als Realcontrakte nennen. Dieser Unterschied ist auch früher schon gefühlt worden, aber, anstatt deßhalb die unnatürliche Verbindung der Innominat- und Realcontrakte aufzugeben, hat man geradezu behauptet, daß die Quellen nur die zwei mit dem dare einer res beginnenden Arten der Innominatcontrakte anerkennten *r*). Nach dem Allen ist die richtige Stelle dieser Lehre im römischen Systeme die, daß man sie in der Lehre von den pactis als Schlußstein der ganzen Theorie von der Klagbarkeit der Verträge anreiht *s*).

---

*o*) l. 45 D. de pactis. l. 8. l. 24 D. de praescr. v. l. 7 C. de pactis. l. 6 C. de transact. l. 4 C. de rer. perm.

*p*) l. 3 pr. §. 1, 4. l. 5 §. 3, 4 D. de cond. c. d. l. 17 C. de transact. *q*) l. 7 D. de pactis.

*r*) Reichhelm, Versuch eines Beweises, daß die Römer nur zwei Arten der ungen. Contr. kennen. Halle 1800.

*s*) Zum Theile so stellt die Lehre jetzt auch Marezoll §. 125, ohne übrigens die Idee des Realvertrages aufzugeben.

Dabei soll übrigens nicht geleugnet werden, was schon vorhin erwähnt wurde, daß mehrere der sogenannten Innominatverträge einem der Realverträge verwandt sind, und in den Quellen damit verglichen werden; aber immer findet dabei der wesentliche Unterschied statt, daß nicht dieselbe Sache zurückgegeben werden soll, welche hingegeben wurde *t*), oder, wenn auch die Vertragsintention darauf gieng, noch ein bestimmter Zweck damit verbunden war, durch dessen Erreichung die Verpflichtung zur Rückgabe wegfiel *u*), oder wenigstens an einen andern, als den Geber bewerkstelligt werden sollte *v*). Sehr wichtig ist in dieser Beziehung die l. 17 §. 2 D. h. t., wo Ulpian sagt:

Papinianus lib. 8 quaestionum scripsit: Si rem tibi inspiciendam dedi, et dicas te perdidisse, ita demum mihi praescriptis verbis actio competit, si ignorem ubi sit: nam si mihi liqueat apud te esse, furti agere possum, vel condicere, vel ad exhibendum agere.

Es läßt sich wohl kaum eine größere Aehnlichkeit denken, als die, welche die Hingabe einer Sache zur Betrachtung und Rückgabe mit dem commodatum hat; wenn also die actio pr. verb. durch Ausdehnung und nach Analogie der Realverträge entstanden wäre, so müßte sie in diesem Falle vor allen andern gestattet seyn, und doch verweigert sie der Jurist, wenn die Sache noch da ist, und sagt, es finden andere Klagen statt, offenbar, quia causa non subest, d. h. weil nicht mit Rücksicht auf eine Gegenleistung geleistet war. Nur, wenn die Sache nicht da ist, oder durch culpa zu Grunde gieng, wird die actio pr. v. gestattet *w*), indem nun das Aequivalent als Gegenleistung erscheint, weil eine andere Vertragsklage nicht begründet ist, und es unbillig wäre, den Geber hülflos zu lassen. Hieher

---

*t*) l. 19 pr. l. 25. l. 26 D. praescr. verb.

*u*) l. 18. l. 20 pr. §. 1 D. eod.

*v*) l. 17 §. 5 D. eod. *w*) l. 23 D. eod.

gehören denn auch die übrigen bekannten Fälle, wo die actio pr. verb. auf eine Sache oder deren Aestimation oder das Interesse gestattet wird, weil eine Contraktsklage fehlt, und doch von Seite des Klägers eine Vermögensaufopferung erfolgt war, wie beim precarium, oder der Nichterfüllung eines modus *x*).

Was nun endlich die Mißverständnisse anlangt, welche durch die falsche Gleichstellung der Innominatverträge mit den Realverträgen entstanden, so beziehen sich die meisten auf die Auffassung des heutigen Rechtes, und sollen daher unten in §. 8 besprochen werden. Für das römische Recht selbst zeigen sie sich aber außer dem schon bisher Erwähnten namentlich in der Beurtheilung des sogenannten Reurechts. Da nämlich dieses Recht in den Quellen nicht als ein allgemein bei allen Verträgen geltendes erwähnt wird, da es insbesondere weder bei den Consensual- noch bei den Realcontrakten gilt, so erschien dasselbe als eine Singularität und Eigenthümlichkeit der Innominatverträge. Unsere ältern Juristen, welche das römische Recht mehr nach seinem Inhalte als nach seinen Gründen auffaßten, begnügten sich damit, diese Singularität, wie so manche andere, als solche hinzunehmen, und als das unterscheidende Merkmal der benannten und unbenannten Realcontrakte festzuhalten *y*). In neuerer Zeit hat man aber nach dem Grunde dieser wichtigen Eigenthümlichkeit gefragt, und ist dabei auf die verschiedensten Ansichten gekommen. Zunächst hat nun Gans die Rückforderung bei den Innominatcontrakten allgemein nur wegen schuldvoller Nichterfüllung als Folge der Theorie von der condictio causa data c. n. s. gelten lassen, die eigentliche Reue aber auf den Fall beschränken wollen, wenn Geld gegeben war, damit Jemand einen Sklaven manumittire, für welchen Fall das Recht zu pönitiren auf einer besondern Verordnung von Marcus Aurelius beruhen

---

*x*) l. 2 §. 2. l. 19 §. 2 D. de precario. l. 9 C. de donat.

*y*) Glück, B. 4. S. 291–294.

soll *yy*). Allein es ist nicht blos dieser angebliche geschichtliche Grund des Reurechts schlechthin unerweislich, indem die fragliche kaiserliche Verordnung nirgends existirt, sondern die Quellen enthalten auch unzweideutige Anwendungen der Reue ohne alle Beziehung auf Sklaven *z*). Dies hat schon Mühlenbruch in seiner Recension S. 72—74 nachgewiesen; er bleibt daher bei der alten Lehre, welche das Reurecht als Eigenthümlichkeit der mit einem dare beginnenden Innominatkontrakte auffaßt, nnd meint, diese praktische Anomalie lasse sich doch dadurch erklären, daß erst durch die Leistung des Einen der Verbindlichkeitsgrund für den Andern entstand, man daher auch die Verbindlichkeit des Ersten erst von der Gegenleistung abhängig machte. Zu denselben Resultaten kommt Pöhls, obgleich durch die wunderlichsten Deduktionen aus dem Naturrechte, dem Charakter der Römer, insbesondere einer gewissen Raschheit, gepaart mit gutmüthiger Lenksamkeit, welche die Gesetzgebung genöthigt habe, die Verträge zur Sicherung der Bürger in enge Gränzen einzuschließen, endlich aus einer gewissen Analogie der genannten Verträge, bei welchen auch nur der Empfänger verpflichtet werde, und eine Rückgabe statt finde!! Ganz abweichend dagegen ist Schmitthenner. Er geht ebenfalls vom Naturrechte aus, findet, daß in diesem die Verträge nicht bindend sind, wenn sie nicht mit einer Leistung beginnen, also Realverträge sind, und behauptet, daß demgemäß auch bei den Römern anfänglich alle Verträge nicht anders als re abgeschlossen wurden. Als

---

*yy*) Ihm tritt bei Hasse im rhein. Mus. B. 6. S. 46—52.

*z*) l. 5 pr. D. de cond. c. d. Gans S. 212 not. 5 will diese Stelle aus den Grundsätzen vom Mandate erklären, was aber wegen der Zahlung für den Gang unmöglich ist. — Aehnlich ist die Ansicht von Erxleben, de contract. innom. indole, Gott. 1835. p. 138—172, der die Reue nur in denjenigen Fällen eintreten lassen will, welche einem widerruflichen Contrakt, insbes. Mandat oder Societät ähnlich seyen.

Als die Form hiefür erkennt er das **nexum**, und als ein Analogon desselben die Stipulation, indem man hierbei gleichsam anstatt der Sache das Wort nicht blos gab, sondern übergab (!), weßhalb er denn bei den Consensualcontrakten nicht die Frage aufwirft, warum keine Stipulation gefordert wurde, sondern weßhalb sie keine Realverträge waren. So kommt er denn zu dem allgemeinen Satze, von einem unerfüllten Vertrage könne ungehindert zurückgetreten werden, und betrachtet deßhalb das Reurecht nicht blos als eine Eigenthümlichkeit der mit einem **dare** beginnenden Innominatcontrakte, sondern läßt es auch bei den mit einem **facere** begründeten, ja selbst bei Stipulationen zu!! Solche Ansichten bedürfen so wenig einer ernstlichen Widerlegung, als sie Eingang gefunden haben, und unsere Lehrbücher sind bis jetzt in der Hauptsache bei der alten Lehre geblieben.

Durch die oben in §. 3 u. 5 gegebene Darstellung glaube ich nun aber gezeigt zu haben, daß das sogen. Reurecht durchaus keine Singularität, sondern nur eine nothwendige Folge aus der civilrechtlichen totalen Wirkungslosigkeit der **pacta** verbunden mit den Grundsätzen der **datio ob causam** sey, welche man später beibehielt, als eine subsidiäre Wirksamkeit der **pacta** aufkam. Diesen einfachen Gedanken zu finden, scheinen mir unsere Juristen dadurch allein verhindert worden zu seyn, daß sie das geschichtliche Verhältniß der **condictio causa data c. n. s.** zur **actio praesc. verb.** übersahen. Indem sie bei der Betrachtung der Lehre sich beide Klagen immer nur als gleichzeitig dachten, mußte allerdings das Reurecht als eine unerklärliche Anomalie erscheinen. Erwägt man aber, daß die **condictio** weit älter ist, als die **actio pr. v.**, daß die letztre nur ergänzen, und Unbilligkeit beseitigen sollte, wo die bisher geltenden Rechtshülfen nicht ausreichten; so ist es bei dem überall im Römischen Rechte hervortretenden Principe des Festhaltens an den alten Grundlagen ganz erklärlich, daß Niemand gezwungen werden sollte, sich der neuen Rechtshülfe zu bedienen,

wenn er die altbegründete vorzog, daß ihm vielmehr jene nur in dem Sinne utilis war *a*), wie die bonorum possessio mit ihrem interdictum quorum bonorum dem heres, oder die praescriptio temporis neben der usucapio. Demnach läßt sich das Reurecht auch durch folgenden Gedanken ausdrücken: Wer ein zweiseitiges pactum seinerseits erfüllt hat, der hat die Wahl, ob er sein Rechtsverhältniß nach altem Civilrechte behandelt wissen will, oder nach neuerm Rechte; im ersten Falle ist das pactum als solches ganz wirkungslos, und die condictio ob causam datorum begründet; im zweiten erscheint das pactum als contractus oder novum negotium, und es findet die actio pr. v. daraus statt. Offenbar war Gans auf dem richtigen Wege, um zu dieser Anschauung zu gelangen, indem er die sogen. Rückforderung wegen schuldvoller Nichterfüllung genau ebenso begründet; aber er gab den ganzen Gewinn seines Gedankens dadurch auf, daß er die eigentliche Reue unter andere Grundsätze stellen wollte, während doch, wie oben in §. 3 aus l. 1 §. 1 D. de cond. c. d. nachgewiesen wurde, auch in den Fällen einer datio ob causam, die nicht durch ein pactum herbeigeführt wurden, die Reue der ohne den Willen des Gebers verhinderten Eintritte der causa völlig gleichstand. Die in dieser Abhandlung ausgeführte Ansicht, welche der Verfasser schon seit 6 Jahren in seinen Pandektenvorträgen entwickelt hat, findet sich jetzt auch, obgleich natürlich ganz unabhängig von ihm und ganz kurz, ausgesprochen von Puchta, Lehrbuch der Pandekten S. 332; er freut sich, seine Ansicht durch eine solche Autorität unterstützen zu können, ohne zu fürchten, daß ihm deßhalb die Selbstständigkeit seiner Entwicklung verdächtigt werde *b*).

---

*a*) l. 6 C. de transact.

*b*) Auch Marezoll §. 125 scheint Aehnliches sagen zu wollen.

Fassen wir nunmehr Alles, was bisher ausgeführt wurde, zusammen, um eine Uebersicht des römischen Systems über die Klagbarkeit der Verträge zu gewinnen, so ergiebt sich Folgendes.

I. Schon am Anfang d. h. vom Momente seiner Eingehung an war jeder Vertrag klagbar, der in eine der drei allgemeinen Formen gebracht war, **nexus**, **stipulatio**, **literae**; ohne diese Form fand in der Regel keine Klage statt, wohl aber ausnahmsweise, und zwar:

1) nach Grundsätzen des ältern Civilrechtes:

a) bei den vier auf Rückgabe einer Sache gerichteten Verträgen;

b) in vier andern Fällen durch bloßen Consens, in welchen dann auch Nebenberedungen, **pacta adjecta**, aufgenommen werden konnten;

c) in drei Fällen durch Einhaltung specieller Formen: **dotis dictio**, **jurata promissio liberti**, **obligatio argentariorum ex recepto**;

2) nach Grundsätzen des prätorischen Rechtes in einigen wenigen Fällen, **constitutum etc.** und ebenso

3) nach Grundsätzen des neuern Civilrechts in wenigen Fällen, **donatio etc.**

II. Wenn da, wo nach diesen Grundsätzen die Stipulation nothwendig war, dieselbe dennoch unterlassen wurde, so konnte, soferne der Vertrag zweiseitig war, durch Leistung von der einen Seite eine Klage begründet werden, und diese Fälle kann man, soferne das Leben nicht auch bestimmte Namen für sie gebildet hat, Innominatcontrakte nennen. Ihr Gebiet ist so reich und unbestimmbar, als die Bedürfnisse und Wendungen des Lebens und Verkehres.

## §. 7.

Nachdem bisher die Theorie des römischen Rechtes über die Klagbarkeit der Verträge entwickelt worden ist, müssen

jetzt die Grundsätze des heutigen Rechtes betrachtet werden. Hier gilt nun die dem römischen Grundprincipe gerade entgegengesetzte Grundregel: Der Consens begründet die Klage, gleichviel in welcher Art und Weise er erklärt ist, und eine bestimmte Form ist im Allgemeinen nicht erforderlich. Welches die Gründe dieses Principes seyen, ob es bereits im altgermanischen Rechte gegolten, oder durch die kanonische Gesetzgebung veranlaßt sey, mag hier, weil es zu weit führen würde, unerörtert bleiben. Daß das Princip in Folge einer allgemeinen Gewohnheit in ganz Deutschland gilt, ist unbezweifelt, und unsere Aufgabe ist daher jetzt, die Rückwirkung desselben auf das römische Vertragsrecht darzustellen. Dabei will ich zunächst wieder meine Auffassung dieses Verhältnisses darlegen, und dann einen vergleichenden Blick auf die Darstellungen Anderer werfen.

Das Grundprincip des heutigen Rechtes ist offenbar kein anderes, als was der Prätor in seinem Edikte über die pacta aufgestellt hatte, pacta conventa servanda sunt, d. h. der Consens muß als solcher wirken, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Form der Ertheilung; der Unterschied liegt dabei nur in dem Grade der Wirkung, in dem der Prätor nur eine exceptio, unser Recht eine Klage giebt; der Grund und der Umfang der Wirkung aber, also das Princip selbst sind gleich. Sehen wir dagegen auf den Grad der Wirkung, so trifft unser heutiges Recht genau mit den altrömischen Consensualcontrakten zusammen, und es ist dann nur der Umfang sehr verschieden, indem unser Recht dasjenige generalisirt, was das alte Civilrecht der Römer nur in wenigen Fällen annahm. Somit können wir auf römischem Boden unser heutiges Princip dadurch construiren, daß wir die Klagbarkeit der Consensualcontrakte mit dem prätorischen Edikte über die pacta verbinden. Hieraus erhellt aber ferner, daß die Rückwirkung unsers Princips auf das römische Recht dieselbe seyn muß, welche sich ergeben haben würde, wenn der Prätor, anstatt zu sagen **pactum non parit obligationem, sed exceptionem,**

gesagt hätte: ex quolibet pacto nascitur actio *bb*). Verfolgen wir nun diesen Gedanken ins Einzelne, so ergiebt sich Folgendes.

1) Die Stipulation ist aus unserm Rechte verschwunden; sie ist weder irgendwo nothwendig, noch kommt sie oder irgend eine ihr analoge Form vor. Demnach sind alle diejenigen Sätze des römischen Rechtes, insbesondere in den Titeln de verborum obligationibus, welche als Folgen der Stipulations**form** erscheinen, heutzutage nicht mehr anwendbar, z. B. daß nicht unter Abwesenden, nicht von einem Tauben oder Stummen contrahirt werden kann, daß kein Gegenversprechen möglich sey rc. — Dagegen müssen alle diejenigen Sätze, welche aus dem auch der Stipulation zu Grunde liegenden Consense hervorgehen, und ihr deßhalb mit den Consensualcontrakten und den pactis gemein sind, noch jetzt vollkommen gelten, z. B. daß Verträge nicht auf Dritte wirken, der Einfluß des Irrthum, Zwang, Betrug, die Haftung für dolus, culpa, mora, der Satz, daß der Gläubiger den casus trägt rc. Das Wort Stipulation hat daher in unserer heutigen Rechtssprache nur die allgemeine Bedeutung von Vertrag, wird aber vorzüglich zur Bezeichnung der einzelnen Bestimmungen eines Vertrages von größerm Umfange gebraucht.

2) Jeder Unterschied zwischen contractus consensualis, pactum legitimum, praetorium oder nudum in Bezug auf Klagbarkeit, und was daraus folgt, ist weggefallen; man kann nun in allen diesen Fällen in gleicher Weise sagen obligatio nascitur ex consensu, weil sie nun unter ein und derselben Regel stehen. Die Klagen mögen

---

*bb*) Daß der Inhalt des Vertrages ein zu einem Rechtsverhältnisse geeigneter, also insbesondere auch ein erlaubter seyn müsse, versteht sich für das heutige Recht so gut von selbst, als es im Edikte über die pacta galt. Daher sind auch die römischen Verbote gewisser Verträge, z. B. der Spielverträge, zu hoher Zinsen, nicht aufgehoben.

immerhin ihre römischen Namen behalten, und die aus den einseitigen pactis, welche klaglos waren, kann man Versprechensklage oder actio ex stipulatu nennen.

3) Die Bedeutung und Nothwendigkeit der actio praescriptis verbis in ihrer Anwendung auf zweiseitige pacta hat aufgehört; diese sind jetzt alle schon im Momente des ertheilten Consenses klagbar, und bedürfen daher der weitern besondern causa nicht mehr zur Begründung der Klagbarkeit. Die sogenannten Innominatcontrakte sind daher jetzt auch zu Consensualcontrakten geworden, und hieraus folgt

a) Die Anwendung der condictio c. d. c. n. s. auf zweiseitige Verträge fällt jetzt ganz hinweg. Wer einen solchen Vertrag seinerseits erfüllt, leistet nicht mehr ob causam futuram, sondern ex causa praeterita, weil der Vertrag selbst ihn vollkommen und klagbar bindet. Deßhalb kann er auch, wenn die Gegenleistung nicht erfolgt, nicht mehr sagen, der Grund seiner eigenen Leistung sey nicht eingetreten, und es findet somit eine Rückforderung weder wegen schuldvoller Nichtgegenleistung noch aus Reue statt, sondern lediglich, wie bei den alten Consensualcontrakten, die Klage auf Erfüllung. Diese kann man immerhin actio pr. v. nennen, oder Vertragsklage nach dem besondern Namen des Vertrags, oder im Allgemeinen.

b) Es läßt sich nun auch behaupten, daß bei dem Tausche die Verpflichtung beider Contrahenten nur auf das tradere der vacua possessio und Haftung für die Eviktion gerichtet ist, weil dieses der individuellen Bedeutung der Waare entsprechender ist, und der entgegengesetzte Satz im römischen Rechte nur aus der Form der Stipulation folgte, wie oben in §. 2 gezeigt wurde.

4) Die ganze Lehre von den pactis adjectis fällt hinweg, da jetzt jeder Nebenvertrag den Grund seiner Klagbarkeit in sich trägt, er mag einem negotium stricti juris

oder **bonae fidei**, und zwar sogleich, **in continenti**, oder später beigefügt werden. Natürlich wird aber dadurch die accessorische Natur solcher Verträge, und die hieraus folgenden Bedingungen ihrer Wirksamkeit nicht aufgehoben, und deßhalb kann auch ihre Einklagung zugleich mit der Klage aus dem Hauptvertrage geschehen.

Diese bisher betrachtete Regel des heutigen Rechtes, daß der Consens zur Klagbarkeit hinreiche, ist übrigens nicht ausnahmslos. Der Grund solcher Ausnahmen kann aber liegen

1) in der Natur und dem Begriffe des Vertrages selbst. Dies ist der Fall bei den lediglich auf Rückgabe einer hingegebenen Sache gerichteten Verträgen, also bei den vier alten Realcontrakten der Römer und bei jedem andern nach der Formel **do ut reddas** eingegangenen sogenannten Innominatcontrakte. Hier kann der Vertrag vor der Hingabe der Sache nicht als existirend gedacht werden, und diese Verträge sind daher noch jetzt Realverträge und haben daher in allen Punkten dieselbe Natur, wie bei den Römern;

2) in gesetzlicher Bestimmung. Wo das römische Recht besondere Formen vorschreibt, wie die Insinuation bei der Schenkung, das öffentliche Instrument bei der Intercession der Frauen, da bestehen diese auch im heutigen gemeinen Rechte fort. Dieses selbst hat aber auch ähnliche Fälle hinzugefügt, wie die gerichtliche Belehrung, und Protokollirung beim Verzichte auf die weiblichen Rechtswohlthaten, die Formen beim Wechsel, bei den Assecuranzverträgen. Noch weit zahlreicher sind diese Fälle in den Particularrechten, wo sehr häufig die Veräußerungen unbeweglicher Güter, die Bürgschaften, die Verträge zwischen Juden und Christen, die Eheverträge an gerichtliche Errichtung und Bestätigung gebunden sind;

3) in besonderer Verabredung der Parteien, welche die Perfektion des Vertrags von schriftlicher oder gerichtlicher Errichtung abhängig macht, wie dies schon bei den römischen Consensualcontrakten geschehen konnte. — Wo auf diese

Weise durch Gesetz oder Verabredung die Skriptur gefordert wird, ist aber gleichwohl kein Literalvertrag im römischen Sinne vorhanden; die obligatio entsteht dabei nicht ex literis, so wenig als bei den chirographis der Römer *c*), sondern der Vertrag behält seinen Charakter als Real- oder Consensualvertrag. Nur, wo ein Schuldschein oder eine Quittung nach Ablauf einer gewissen Zeit unumstößliche Beweiskraft erhalten, kann man nach dem Beispiele Justinians *d*) eine Art literarum obligatio annehmen, und es ist daher verkehrt, wenn unsre Praxis hie und da auch nach Ablauf jener Fristen noch den Gegenbeweis deßhalb zuläßt, weil wir keine Literalcontrakte mehr haben; denn jene unumstößliche Beweiskraft ruht auf besondern erst nach dem Verschwinden der römischen Literalcontrakte erlassenen Gesetzen *e*). —

## §. 8.

Ueber die in dem vorigen Paragraphen berührten Punkte des heutigen Rechtes herrschen nun aber unter unsern Juristen mehrfach ganz andere Ansichten und zwar großentheils in Folge der abweichenden Auffassung des römischen Rechtes selbst. Alle diese verschiedenen Theorien, die mir nach meiner bisher entwickelten Anschauung dieser Verhältnisse als Irrthümer erscheinen müssen, besonders zu erwähnen, würde zu weit führen; es sollen daher nur die bedeutendsten jetzt noch hervorgehoben werden.

1) Man hat die Frage aufgeworfen, ob es bei uns noch Realcontrakte gebe, und Manche *f*) haben dies verneint, also auch das mutuum, commodatum, depositum und pignus für Consensualverträge erklärt. Allein dies ist ein gänzliches Verkennen der Natur dieser Verträge, und ein Verwechseln derselben mit den von ihnen ganz verschie-

---

*c*) Gaj. III. §. 131, 132. *d*) Inst. lib. III. tit. 22.

*e*) l. 14 C. de non num. pec. Nov. 109 cap. 1 §. 2.

*f*) Wening, Civilrecht, Buch III. §. 71.

denen Verträgen über ihre Eingehung. Daß die vier alten Realverträge erst mit der Hingabe perfekt und klagbar waren, dies war ja nicht eine Folge eines von uns aufgegebenen Princips, am wenigsten des Stipulationssystems, sondern dies ist eine Folge des Begriffs dieser Verträge, da die für sich allein dastehende Verpflichtung zur Rückgabe vor der Hingabe nicht gedacht werden kann. Allerdings kommt auch bei der Miethe eine solche Pflicht zur Rückgabe vor, aber diese erschöpft nicht, wie beim Leihvertrag, den Begriff und die ganze Aufgabe des Vertrages, wozu vielmehr die selbstständige Gegenleistung des Miethers als integrirender Theil gehört, und deßhalb ist die Miethe ihrem Begriffe nach mit dem Consense perfekt, und mit der Hingabe beginnt der Vollzug, während bei dem Leihvertrage erst mit der Hingabe der Begriff des Vertrages vollendet ist. Die vier bekannten Verträge sind also nicht blos Realcontrakte im jus civile, sondern auch im jus gentium, nnd eben deßhalb noch jetzt. Den besten Beweis hiefür liefert der Umstand, daß das Versprechen, ein Darlehen geben, eine Sache leihen, oder zur Aufbewahrung übernehmen zu wollen, auch bei den Römern klagbar werden konnte, wenn es in der Stipulationsform gegeben ward, daß es aber dadurch nicht zu einem mutuum, commodatum oder depositum ward, es vielmehr von der Willkühr desjenigen, in dessen Interesse jenes Versprechen gegeben war, abhing, ob er durch das Verlangen der Erfüllung desselben den Realvertrag entstehen machen wollte, oder nicht *g*). Die Hingabe der Sache in einem solchen Falle war also zugleich Erfüllung des ersten und Perfektion des zweiten Vertrages, gerade wie derjenige, welcher einem Schuldner versprach, sich für ihn verbürgen zu wollen, durch das Bürgschaftsversprechen an den Gläubiger den ersten Vertrag erfüllt, und einen zweiten eingeht. Im heutigen Rechte sind nur die pacta de contrahendo auch ohne Stipulation klagbar,

---

*g*) l. 30 D. de R. C. l. 68 D. de V. O.

aber sie sind dadurch nicht zu einem ganz andern Vertrage geworden, auch nicht zu dem, auf dessen Eingehung sie gerichtet sind.

Die hier bekämpfte Ansicht hat nun weiter zur Folge gehabt:

a) daß bisweilen das mutuum für einen wesentlichen zweiseitigen Vertrag erklärt wurde *h*), während es ein streng einseitiger ist. Ueberdies ist es dabei eine merkwürdige Inconsequenz, daß nicht auch dasselbe von den drei andern Realverträgen behauptet wird.

b) daß man für das heutige Recht auch eine versprochene arrha annahm, und der gegebenen gleichstellte *i*), ohne zu bedenken, daß ja die Römer durch eine stipulatio arrhae auch eine Klage hätten bewirken können, eine solche aber doch nirgends in den Quellen vorkommt, weil eben das Geben zum Begriffe der arrha gehört. Das Versprechen einer arrha ist allerdings klagbar, aber es ist noch keine arrha, sondern soll erst zu ihr führen, wie das Versprechen eines Darlehens zum wirklichen Darlehensvertrage.

2) Man hat umgekehrt die ganze Natur der sogen. Innominatcontrakte, insbesondere das Reurecht, als noch heutzutage unverändert geltend angesprochen, entweder nach richtiger Theorie, wie Schmitthenner, Roßhirt, oder wenigstens zufolge der Praxis, die nicht abgewichen sey, wie Meier in der Fortsetzung von Schweppe, röm. Privatrecht, B. 3 S. 301, während wieder andere zugestehen, daß die Praxis das Reurecht beseitigt habe, wie Wening, 4te Aufl. III §. 191. Allerdings hat unsere Praxis von jeher die Rückforderung sowohl wegen Reue, als auch wegen schuldvoller Nichterfüllung ausgeschlossen; aber nicht mit dem Gedanken, als handle sie hier willkührlich, sondern in dem richtigen Gefühle der Nothwendigkeit

---

*h*) Wening III. §. 167. *i*) Wening, Buch III. §. 88.

und Consequenz aus dem heutigen Grundprincipe, welche auch unsere besten Theoretiker anerkennen *k*).

3) Man hat einen Streit darüber angefangen, ob bei uns die Verträge so zu betrachten seyen, wie die römischen Stipulationen, oder wie die Consensualverträge. In beiden Ausdrucksweisen liegt aber etwas Wahres, und beide können zu Mißverständnissen führen. Sieht man blos auf die Wirkung, so kann man sagen, alle Verträge seyen bei uns so vollkommen klagbar, wie es die Stipulation war. Sieht man aber auf die Art, wie diese Wirkung begründet wird, so muß man offenbar unsere Verträge den römischen Consensualcontrakten gleichstellen, weil die Form des Consenses gleichgültig ist. Nur darf man hieraus nicht folgern, daß alle einzelnen von den Consensualcontrakten geltenden Sätze geradezu auf alle unsere Verträge anwendbar seyen. Hier ist namentlich darauf zu achten, ob der Vertrag einseitig oder zweiseitig, und im letzten Falle, welchem der vier römischen Consensualverträge er gleich ist, worüber sich die folgende Abhandlung verbreiten wird.

4) Man hat endlich die Frage aufgeworfen, ob bei uns der Nachlaßvertrag die Wirkung des **pactum de non petendo** oder der **acceptilatio** habe? Die Entscheidung für das Letztere beruht auf dem durchaus irrigen Schlusse: Weil bei uns das einfache Versprechen der Stipulation gleichstehe, müsse auch das einfache Nachlaßversprechen der aufhebenden Stipulation gleich stehen. In diesem Schlusse wird aber zunächst schon der Gleichstellung des Versprechens mit der Stipulation eine irrige Bedeutung beigelegt, indem sie auch auf die Form bezogen wird. Sodann darf ja aber von der Begründung nicht auf die Aufhebung der Forderungen geschlossen werden, weil unser Recht nur für die erste, nicht für die letzte ein vom römischen Rechte abweichendes Princip hat. Die römische **acceptilatio** tilgte

---

*k*) Thibaut §. 471. Mühlenbruch §. 344. Puchta, Lehrbuch S. 333.

die Forderung nicht deßhalb **ipso jure**, weil sie eine Stipulation war, sondern weil in dieser Stipulation die Worte **acceptum fero**, also eine fingirte Zahlung, enthalten waren. Man denke sich nur folgende Stipulation: **Spondesne, te nunquam a me petiturum esse? spondeo**, so ist klar, daß hierin keine **acceptilatio**, sondern nur ein **pactum de non petendo** lag, und daß die Klage hier troß der Stipulationsform nicht **ipso jure** getilgt war. Bei uns fällt nun jede Stipulation, also auch die mit den Worten **acceptum fero** hinweg; folglich kann bei uns der Nachlaßvertrag nur, wie das römische **pactum de non petendo** wirken, wenn er nicht in einer Weise geschlossen ist, welche auch jetzt eine fingirte Zahlung enthält. Dieses letztere kann aber nicht, wie jetzt Fritz, Erläuterungen zu Wening, H. 3. S. 421 meint, durch die bloße Absicht der Parteien bewirkt werden, die überdies wohl selten ein Bewußtseyn jenes theoretischen Unterschiedes haben, sondern nur durch den entsprechenden Ausdruck dieser Absicht und dieser liegt jetzt lediglich in der Ausstellung einer förmlichen Quittung. Diese ist unsere **acceptilatio**, entspricht derselben sogar in den Worten: „ich bekenne, empfangen zu haben", und unterscheidet sich nur darin, daß sie geschrieben werden muß. Die römische **acceptilatio** ist in der That nichts anderes, als eine mündliche Quittung, konnte auch nach wirklicher Zahlung erfolgen, und erhielt daher nicht jedesmal einen Nachlaßvertrag. Deßhalb konnte sie auch auf den Grund eines andern Tilgungsaktes, wie z. B. des **legatum liberationis** verlangt werden, gerade wie in solchen Fällen auch jetzt Quittung gefordert werden kann. —

---

Werfen wir nun zum Schlusse noch einen vergleichenden Blick auf die beiden bisher betrachteten Grundprincipien des römischen und deutschen Rechtes, so ist es zwar unverkennbar, daß das heutige einfacher und naturgemäßer, dem Begriffe des Vertrages entsprechender ist; allein

ebenso unschwer wird man sich überzeugen, auch wenn man über die mehr scherzhafte Manier von J. Möser, patriot. Phant. II, 24 hinausgeht, daß das römische System wichtige praktische Vortheile, namentlich zur Abschneidung schikanöser Prozesse, vor uns voraus hatte. Damit soll nicht gesagt werden, daß wir die Stipulation einführen sollen; denn nicht alles paßt für alle Zeiten und Völker; es soll nur auf das Bedürfniß hingedeutet werden, das schwankende und unbestimmt allgemeine Element des Consenses im Interesse der Realisirung des Rechts und der Sicherung des Verkehres selbst auf eine feste Grundlage zu stützen, ein Bedürfniß, welches sich in den vielfachen Bestimmungen unserer Partikularrechte über die Vertragsformen laut ausspricht.

So viel aber ist klar, die Grundsätze über die Klagbarkeit können nicht mehr gebraucht werden, um ein gemeinrechtliches System der Verträge aufzustellen, und auf diesen Punkt soll sich die nächstfolgende Abhandlung beziehen. —

---

# Vierte Abhandlung.

## Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge.

Das System der einzelnen Obligationen, welches in den Institutionen von Gajus und Justinian entwickelt, und von mehrern unserer Systematiker, namentlich von Donellus, Hofacker, Thibaut, Mackeldey, Schweppe mit wenigen Abweichungen befolgt ist, ruht in einem wesentlichen Theile, nämlich in der Anordnung der einzelnen Verträge, auf den römischen Principien über die Klagbarkeit, welche im heutigen Rechte nicht mehr gelten, und kann daher nicht mehr als ein heutzutage praktisch brauchbares betrachtet werden. Diese durch die vorige Abhandlung näher begründete Wahrheit ist auch von den meisten neuern Systematikern anerkannt, und es sind daher mehrere Versuche gemacht worden, ein neues System der einzelnen Obligationen aufzustellen. Diese Aufgabe ist auch in der That höchst wichtig, da ein richtiges System ebenso die Grundbedingung des wahren Verständnisses und der Fortbildung des Rechtsstoffes ist, wie ein unrichtiges die Quelle unzähliger Mißverständnisse wird. So mag es denn gerechtfertigt erscheinen, wenn ich die Resultate mehrjähriger Untersuchungen hierüber in Folgendem mittheile, um so mehr als keines der bisher aufgestellten Systeme eine allgemeine Anerkennung gefunden hat.

Die bisher aufgestellten Systeme lassen sich auf zwei Klassen zurückführen, je nach dem Grundgedanken, auf wel-

chen sie gestützt sind. Die eine Klasse umfaßt diejenigen, welche die einzelnen Obligationen nach ihrem Inhalte und Gegenstande zusammenstellen, ohne alle Rücksicht auf ihre Entstehungsgründe, und ganz unabhängig von den Quellen. Den ersten Versuch der Art hat Heise in seinem Grundrisse eines Systems des gemeinen Civilrechtes gemacht, und ihm sind im Wesentlichen Wening und Seuffert gefolgt; selbstständig, obgleich auf demselben Eintheilungsprincipe ruhend, sind die Systeme von Mühlenbruch und Puchta. Gegen diese Anordnungeu läßt sich aber nicht blos, wie schon Gans gegen Heise gethan hat, einwenden, daß sie sich gänzlich von den Quellen entfernen *a*), sondern sie haben auch noch den Nachtheil, daß sie Obligationen, welche in ihrem ganzen Wesen auch noch heutzutage im höchsten Grade verschieden sind, und daher in den wichtigsten Punkten unter ganz abweichenden Grundsätzen stehen, blos wegen einer äußern Aehnlichkeit ihres Gegenstandes zusammenstellen — ein Nachtheil, den sie freilich mit dem Institutionensysteme in mehrfacher Beziehung theilen, den man aber, wenn man sich doch einmal gezwungen sieht, von diesem Systeme abzuweichen, jedenfalls vermeiden sollte. So werfen sie Vertrags- und Deliktsforderungen durcheinander, stellen mit dem streng einseitigen Darlehen die übrigen Realcontrakte, bei denen Gegenforderungen zuläßig sind, mit den auf zwei bestimmte Gegenleistungen gerichteten Kauf-, Tausch- und Miethverträgen die höchst unbestimmte, ihr Wesen in der Gemeinschaft habende Societät, und die an sich nur einseitige Obligation aus Mandat und Geschäftsführung zusammen, und geben endlich in ihren Rubriken: „Obligationen auf ein Geben, oder Handeln, oder auf Schadensersatz" die bunteste und principloseste Mischung. —

*a*) Dieser Vorwurf kann übrigens nur unter der Voraussetzung als begründet erachtet werden, daß sich in den Quellen ein noch jetzt brauchbares System nachweisen läßt. In wie weit dies der Fall sey, soll diese Abhandlung zeigen.

Diesen Systemen gegenüber steht die von Gans, über römisches Obligationenrecht, Heidelberg 1819. 1te Abhandlung, ausgeführte Behauptung, ein System des römischen Obligationenrechtes müsse hauptsächlich auf den Gegensatz der actiones stricti juris und bonae fidei gebaut seyn. Allein außer Dem, was schon Mühlenbruch *b*) dagegen eingewendet hat, spricht hiegegen, daß auch hiebei Vertrags- und Deliktsforderungen durcheinander geworfen werden, daß man für die Sonderung der so mannichfaltigen b. f. negotia in Unterabtheilungen kein Princip hat, daß endlich die praktische Bedeutung jenes Gegensatzes für unsere Zeit so wesentlich modifizirt ist, daß die darauf allein gestützte Sonderung der Obligationen kein treues Bild des geltenden Rechtes geben würde. Nur so viel ist in dem Gedanken von Gans richtig, daß ein Merkmal, welches hauptsächlich den Gegensatz der negotia stricti juris und bonae fidei mitbestimmte, nämlich die Einseitigkeit oder Gegenseitigkeit, noch jetzt besteht, und von praktischem Einflusse ist, ohne daß hiedurch schon behauptet werden soll, die Wirkung dieses Merkmals sey noch jetzt dieselbe, wie bei den Römern.

Diese Betrachtungen führen nun offenbar zu der Frage, ob sich denn nicht in den Quellen außer dem Institutionensysteme noch eine andere Anordnung der Obligationen finde. Unsere neuen Systematiker scheinen diese Frage ganz übergangen oder schlechthin verneint zu haben, und doch glaube ich sie bejahen zu müssen. Zwar findet sich in den Pandekten kein vollständig durchgeführtes System aller Obligationen, wohl aber der Verträge, und die übrigen Forderungen lassen sich in dieses leicht aufnehmen. Ich finde dieses System im 12ten bis 19ten Buche der Pandekten, indem dort die Verträge in drei Klassen gebracht sind. Die erste umfaßt die streng einseitigen, oder das

System

---

*b*) Heidelb. Jahrb. 1821. S. 63–66.

System der eigentlichen Condiktionen, die zweite diejenigen, welche, ihrem Begriffe nach einseitig, doch Gegenforderungen zulassen, oder das System der contrariae actiones, die dritte endlich die ihrem Begriffe nach zweiseitigen Verträge, oder das System der directae actiones. Diejenigen Forderungen, welche in den Institutionen als obligationes quasi ex contractu bezeichnet werden, sind, soferne sie der ersten Klasse analog sind, auch neben jener dargestellt, z. B. die condictio indebiti und generell die condictio sine causa und ex lege; soweit sie dagegen der zweiten Klasse analog sind, wie die negotiorum gestio, oder der dritten, wie die communio, stehen sie zwar an andern Orten, können aber leicht hier eingereiht werden. Die einseitigen Verträge stehen zwar scheinbar nicht alle in jenem Systeme, indem die Schenkung und die Stipulation erst weit später nachfolgen; allein der generelle Titel: si certum petatur umfaßt auch sie, wie namentlich aus l. 9 D. de R. C. hervorgeht. Was endlich die Delikte anlangt, so könnte man glauben, sie seyen von jenem Systeme nicht ausgeschlossen, weil die condictio furtiva in lib. XIII. tit. 1 steht; allein dies ist auch die einzige Deliktsklage, die hier aufgenommen ist, und dies kann auch dadurch erklärt werden, daß diese Klage wegen des generellen Begriffs des römischen furtum sehr häufig mit Vertragsklagen concurrirt, und solche, insbesondere aber die condictio indebiti, ergänzt, wenn der Empfänger in mala fide war.

Auf diese in den Quellen gegebene Grundlage habe ich nun das System der Forderungen, insbesondere der Verträge gebaut, welches ich hier zur Prüfung mittheile *c*).

---

*c*) Ein ähnliches System ist angedeutet von Stahl Philos. des Rechts. Band 2. S. 153 nota *. Es ist aber mit zu wenig Rücksicht auf die Quellen entstanden, vermengt daher in mehreren Punkten jene drei Hauptklassen, und kommt so z. B. zur Annahme einer actio contraria aus dem mutuum, und zur Gleichstellung der condictio sine causa mit dem com-

Seit sechs Jahren lege ich es meinen Pandektenvorträgen zu Grunde, und habe gefunden, daß es nicht bloß zur Lösung vieler praktischer Streitfragen z. B. über den Umfang der exceptio non impl. contr., über den Einfluß des casus, über die Haftung für culpa beiträgt, sondern auch eine sichere Basis für die neuerdings mit Recht angeregte Frage giebt, ob der Gegensatz von stricti juris und bonae fidei negotiis noch praktischen Werth habe.

Vor Allem glaube ich nun, daß das System der einzelnen Forderungen von der Sonderung des Vertrags und Deliktsforderungen ausgehen müsse, sowohl nach philosophischer als quellengemäßer Anschauung. Betrachtet man, wie man dies doch gewiß muß, die Forderungen als die Träger des privatrechtlichen Vermögensverkehres, so ist das Verhältniß doch gewiß ein wesentlich verschiedenes, je nachdem ein auf Mittheilung eines neuen Vermögenswerthes gerichteter Willensakt eintritt, oder eine Verletzung, die durch Vermögenswerthe gebüßt oder ersetzt wird. Der Vertrag wird geschlossen, damit eine Forderung zur Befriedigung eines Bedürfnisses entstehe, und dasselbe tritt ein, wenn Testament oder Gesetz eine Leistung auflegen; das Delikt dagegen will keine Forderung setzen, es erzeugt sie aber, weil es verletzt. Demnach haben die Forderungen aus Verträgen eine positive, aus Delikten nur eine negative Bedeutung; ohne Verträge könnte der Verkehr nicht bestehen, während das privatrechtliche Leben um so gesicherter ist, je weniger Delikte begangen werden. Deßhalb sind die Vertragsforderungen unendlicher Modifikationen fähig, bald ein-, bald zweiseitig, die Deliktsforderung ist

---

modatum, des Mandats mit der Societät. Dagegen haben mich die Punkte, in welchen das offenbar philosophisch gefundene System Stahls mit dem, welches ich in den Quellen zu finden glaube, übereinstimmt, umsomehr von der Brauchbarkeit und innern, naturgemäßen Wahrheit des letztern überzeugt.

immer streng einseitig und nur auf Schadensersatz und Strafe gerichtet; die Vertragsforderung trägt ihren Inhalt in sich, die aus dem Delikte empfängt ihn von außen her, von dem verletzten Rechte; jene ruht auf der Gesetzmäßigkeit, diese auf der Gesetzwidrigkeit ihres Entstehungsgrundes. Demnach ist es nur der Ausdruck der Natur der Verhältnisse, daß die Quellen die Sonderung der **contractus** und **delicta** an die Spitze ihres Obligationensystems stellen, und dieser Theil des Institutionensystems ist auch durch keinen Satz des deutschen Rechtes antiquirt, da sich die Abweichungen des letztern nur auf die Klagbarkeit der Verträge beziehen.

Wenden wir uns sodann zur weitern Classificirung dieser beiden Hauptarten, so müssen die Deliktsforderungen, eben weil sie ihren Inhalt nur aus dem verletzten Rechte erhalten, nach diesem geordnet werden, und zerfallen somit naturgemäß in Verletzungen der Person und des Vermögens, und zwar theils des Vermögens im Besitze, theils im Verkehre *d*), was weiter auszuführen jedoch hier nicht mein Zweck ist. Mit den Forderungen aus Verträgen müssen nach dem Obigen alle vertragsähnlichen verbunden werden, wozu jedoch nicht blos diejenigen gehören, welche Justinian in den Institutionen aufzählt, sondern auch alle durch gesetzliche Bestimmung unmittelbar an eine bestimmte Thatsache geknüpften, wie z. B. die Alimentations- und Beerdigungspflicht. Bei der weitern Abtheilung der Vertragsforderungen ist nun aber die nächste Rücksicht die, daß sie entweder eine durchaus selbstständige Bedeutung haben, oder nur um einer andern Forderung willen entstehen. Die selbstständigen Obligationen endlich zerfallen in vier Klassen, einseitige, zufällig zweiseitige, wesentlich zweiseitige, und solche, die in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig sind. — Alle diese Abtheilungen

---

*d*) Stahl l. c. S. 155.

müssen nun mit Nachweisung ihrer Eigenthümlichkeiten und Aufzählung ihrer Unterarten betrachtet werden.

## §. 1.

### A. Die selbstständigen Vertragsforderungen.

#### I. Die streng einseitigen. D. XII, XIII, 1—5. System der Condiktionen.

Die streng einseitigen Forderungen sind die einfachsten, und müssen schon deßhalb vorangestellt werden. Sie bilden aber auch den Uebergang aus dem Bereiche der blos moralischen Verpflichtungen in das Rechtsgebiet, und eröffnen somit dieses. Ganz vorzüglich gehören deßhalb hieher die gesetzlichen Obligationen, d. h. diejenigen Fälle, in welchen ein Bedürfniß des privatrechtlichen Verkehres so dringend hervortritt, daß das Gesetz Jemanden die Befriedigung desselben unbedingt, auch gegen seinen Willen auferlegt, indem es die aus den Verhältnissen an ihn gerichtete moralische Anforderung im Interesse der Gesammtheit zur rechtlichen steigert. Gleiches gilt von den einseitigen Versprechungen, Liberalitäten, Schenkungen, durch welche Jemand freiwillig einer in ihm entstandenen moralischen Anforderung rechtlichen Ausdruck und Charakter giebt. Endlich gehören hieher aber auch mehrere rein rechtliche Verpflichtungen, die auf Rückgabe eines Empfangenen gerichtet sind. Das Gemeinschaftliche und Charakteristische aller dieser Forderungen ist die strenge Einseitigkeit und Bestimmtheit; deßhalb sind sie, soferne sie dem römischen Civilrechte angehörten, alle stricti juris gewesen, und durch Condiktionen im eigentlichen Sinne geschützt; die dem prätorischen Rechte angehörenden Fälle wurden zwar nur durch actiones in factum geschützt, allein diese waren um ihrer Einseitigkeit willen den condictiones ex lege offenbar sehr ähnlich, und stehen ihnen jetzt, nachdem die prozessualischen Unterschiede aufgehört haben, und für uns das in Justinians Compilation niedergelegte Resultat der prätorischen Rechtsbildung mit dem

Civilrechte gleiche Kraft hat, jedenfalls gleich. Hieraus ergiebt sich ferner, daß der Verpflichtete nur für dolus und culpa lata haftet, soferne der Fall überhaupt so gestaltet ist, daß von einer solchen Haftung gesprochen werden kann, wie z. B. bei der Schenkung, und daß derselbe auch nicht für Eviktion oder aus dem ädilitischen Edikte haftet, wenn nicht ein besonderes Versprechen oder dolus eintrat.

Die einzelnen Forderungen dieser Klasse sind nun aber folgende:

1) Die gesetzlichen Obligationen, namentlich zur Alimentation, Beerdigung, Dotation, zur Bestellung von Servituten, oder Cautionen, zur Vergeltung von Diensten, endlich zum Exhibiren, wohin außer der actio und den verschiedenen Interdikten ad exhibendum auch das interdictum de glande legenda gerechnet werden muß.

2) Alle einseitigen Versprechungen, also die pacta de contrahendo, denn diese werden in der Regel als einseitige eingegangen, ferner die Cautionen, insbesondere die stipulationes praetoriae, die Schenkung und endlich die vertragsähnliche Obligation des Onerirten aus einem letzten Willen. — Die Klage aus den einseitigen Versprechungen kann man auch jetzt noch actio ex stipulatu oder Versprechensklage nennen, ohne jedoch dasjenige auf sie anwenden zu dürfen, was nur Folge der besondern Stipulationsform war. — Bei der Obligation des Onerirten findet sich übrigens die Abweichung von der allgemeinen Regel dieser Klasse, daß der Onerirte in der Regel für omnis culpa et diligentia haftet, weil er durch das ihm selbst letztwillig Zugewendete ebenfalls einen Vortheil hat *e*); wenn er jedoch Alles, was ihm zugedacht ist, restituiren muß, so haftet er dem Grundprincipe gemäß nur für dolus und culpa lata *f*), mithin auch bei einem Universalfideikommiß, wenn die Quart nicht abgezogen wird *g*).

---

*e*) l. 47 §. 2, 4, 5 l. 53 §. 6 D. de leg. I.

*f*) l. 108 §. 12 D. eod. *g*) l. 22 §. 3 D. ad S. C. Trebell.

3) Das Darlehen. Daß dieses auch noch heutzutage ein streng einseitiger Vertrag ist, darüber ist in der vorigen Abhandlung das Nöthige gesagt worden.

4) Dem Darlehen vielfach analog sind die Fälle der condictio sine causa, mit ihren verschiedenen Unterarten, der condictio causa data c. n. s., ob turpem vel injustam causam und indebiti. In den Quellen wird zwar nur die letztgenannte als eine obligatio quasi ex contractu genannt, allein die übrigen können offenbar eben so betrachtet werden.

5) Endlich gehört hieher auch noch die actio in factum wegen Bereicherung, welche subsidiär gegeben wird, wenn keine andere Klage begründet, insbesondere auch die Bedingungen der condictio sine causa, der Eigenthumserwerb, nicht gegeben sind *h*).

## §. 2.

### II. Die zufällig zweiseitigen Forderungen. System der contrariae actiones. Dig. lib. XIII, 6, 7. XIV, 1—3. XVI, 3. XVII, 1.

An die streng einseitigen Vertragsforderungen reihen sich zunächst diejenigen an, welche zwar ihrem Begriffe nach einseitig sind, aber durch Umstände, die außerhalb ihres eigentlichen Zweckes liegen, also in diesem Sinne zufällig sind, weil sie sich nicht jedesmal ergeben, und der Vertrag auch ohne sie vollkommen besteht, zweiseitig werden können. Es sind dies im Allgemeinen die Fälle, wo Jemand zur Rückgabe einer Sache in specie oder zum unentgeltlichen Handeln für einen Andern oder zu beiden verpflichtet wird. Im Begriffe des Vertrages liegt hier nur das Zurückgeben oder Handeln, aber keine Gegenleistung; der Vertrag an sich ist ein einseitiger, und bleibt es auch in vielen Fällen, wie z. B. in der Regel beim commodatum vollständig.

---

*h*) Mühlenbruch §. 455.

Es ist aber möglich, daß der Verpflichtete für die fremde Sache oder bei der Besorgung des fremden Geschäftes Auslagen zu bestreiten, Verwendungen zu machen hat oder Beschädigungen erleidet, deren Ersatz er nach dem Grundsatze, daß sich Niemand mit dem Schaden eines Andern bereichern soll, verlangen kann. Diesen Ersatzanspruch kann er zwar, so lange er noch im Besitze der fremden Sache ist, durch die **exceptio doli**, das jetzt sog. Retentionsrecht, geltend machen; allein da dies nicht immer ausreicht, ist es billig, ihm eine eigene Klage aus dem Geschäfte zu geben. Diese Ansprüche bilden demnach nicht eigentliche Gegenleistungen, die mit Nothwendigkeit aus dem Begriffe des Geschäftes folgen, sondern sie sind nur zufällige Gegenforderungen. Dies prägt sich auch in dem Charakter und der Benennung der Klagen aus; es entspringt aus diesen Geschäften nur eine Hauptklage, **actio directa**, während die Klage wegen der zufälligen Gegenforderungen **actio contraria** heißt. Uebrigens bewirkt selbst diese, wenn auch nur mögliche, nicht nothwendige Zweiseitigkeit, daß alle hieher gehörigen Fälle zu den **negotiis bonae fidei** gerechnet werden.

Die Geschäfte dieser Klasse sind demnach von der Art, daß in ihnen nur der Vortheil des einen Contrahenten bezweckt wird, und hieraus ergiebt sich, daß dieser zwar für **omnis culpa**, der andere dagegen, der eigentlich eine Liberalität übt, nur für **dolus** und **culpa lata** einsteht, nach dem Ausspruche African's in **l. 108 §. 12 D. de leg. I.**

> **sicut in contractibus fidei bonae servatur, ut si quidem utriusque contrahentis commodum versetur, etiam culpa, sin unius solius, dolus malus tantummodo praestatur.**

Doch leidet diese Regel einige Modifikationen bei der Besorgung fremder Geschäfte, selbst wenn sie unentgeltlich geschieht.

Die einzelnen Forderungen dieser Klasse sind nun aber folgende:

1) Die Verträge auf Rückgabe einer Sache *in specie.* Hieher gehören alle Realverträge mit Ausnahme des Darlehens. Der Empfänger der Sache wird hier nicht Eigenthümer, sondern die Hingabe erfolgt zu andern Zwecken, namentlich zu Gebrauch oder Aufbewahrung. Deßhalb trägt hier auch der Empfänger den casus nicht, welcher die Sache trifft. Für dolus und culpa lata haften sich beide Theile, für culpa levis nur derjenige, zu dessen Vortheil der Vertrag geschlossen wird, also der Commodatar und Deponent *i*). Bei dem Faustpfandvertrage findet sich wegen seiner accessorischen Natur und der für den Verpfänder sich ergebenden Gewährung des Credits dennoch ein beiderseitiges Interesse und darum haften auch beide Theile für culpa levis *k*). Uebrigens läßt sich auch bei dem commodatum denken, daß es utriusque gratia, ja sogar daß es nur um des Commodanten willen gegeben wird, und dann haften im ersten Falle beide Theile, im letzten nur der Geber für culpa levis *l*).

Der Umstand, daß diese Verträge das Eigenthum nicht übertragen, veranlaßt bei ihnen auch noch die bei dem mutuum undenkbare Frage, ob der mit der actio directa auf Rückgabe Belangte diese aus dem Grunde verweigern dürfe, weil er selbst Eigenthümer sey? Die Antwort hierauf dürfte am richtigsten so gegeben werden. Behauptet der Beklagte das Eigenthum der Sache schon vor Eingehung des Vertrages erworben zu haben, so ist die Einrede zuläßig, weil dann der ganze Vertrag nichtig war *m*). Setzt er dagegen den Eigenthumserwerb in die Zeit nach geschlossenem Vertrage, so kommt es darauf an, ob er dasselbe von dem Kläger selbst oder von einem Dritten erworben haben will.

---

*i*) l. 5 §. 2 D. commodati.

*k*) §. 4 J. qu. mod. re contr. obl. l. 13 §. 1 l. 14 l. 16 §. 1 l. 31 D. de pign. act.

*l*) l. 5 §. 10 l. 18 pr. D. commod.

*m*) l. 45 pr. D. de R. J. l. 15 l. 31 §. 1 D. depos.

Im ersten Falle ist die Einrede wieder zuläßig, weil dann der Eigenthumserwerbakt die Obligation nach den Grundsätzen über Novation und traditio brevi manu beendigte; im zweiten dagegen ist sie unzuläßig, weil die bona fides Erfüllung der Obligation fordert *n*).

Diese hier entwickelten Verschiedenheiten zwischen dem Darlehen und den übrigen Realverträgen rechtfertigen gewiß die Trennung derselben im System, welche sich ja auch in den Pandekten findet. Freilich darf man sich dadurch nicht verleiten lassen, mit Gans S. 2 und 39 zu behaupten, daß die römischen Juristen außer Gajus die drei Verträge nicht unter diejenigen, qui re fiunt, gerechnet hätten, was durch l. 1. l. 2 pr. §. 3 D. de R. C. und die Natur der Sache widerlegt wird; aber man darf auch jene Verschiedenheit nicht übersehen, und etwa gar bei dem mutuum *o*) oder bei der condictio sine causa eine actio contraria annehmen. Allerdings läßt es sich auch hier denken, daß der Empfänger der Sache auf dieselbe Verwendungen gemacht hat, oder durch sie auch auf eine als culpa des Gebers erscheinende Weise beschädigt worden ist; allein die Gesetze geben hier entschieden keine actio contraria, und wir können sie auch nicht gestatten, sondern es bleiben hier nur die allgemeinen Rechtshülfen der actio oder exceptio doli übrig, soweit deren eigenthümliche Voraussetzungen gegeben sind *p*).

In die hier bezeichnete Rubrik der Verträge gehören nun aber:

a) das commodatum und das ihm verwandte precarium, welche sich durch die Bestimmtheit oder Unbestimmtheit des Gebrauches unterscheiden. Allerdings war das precarium, so lange dem Geber nur das interdictum

---

*n*) l. 11 C. depos. Dieses Gesetz spricht zwar nur vom depositum; aber sein Grund paßt auf alle diese Verträge.

*o*) Schmitthenner, S. 206—212.

*p*) Thibaut §. 473.

de precario zustand, kein Vertrag; durch die Gestattung der actio praescr. verb. ward es aber als solcher anerkannt, und dieser Gesichtspunkt entscheidet jetzt.

b) Das pignus. Das Pfandrecht ist zwar ein accessorisches Recht; der Faustpfandvertrag hat aber durch die Hingabe der Sache eine selbstständige Bedeutung, und es findet daher die Obligation auf Rückgabe aus demselben und die actio contraria auch dann statt, wenn das Pfandrecht als solches nicht bestehen kann, z. B. bei einer res aliena, oder Verpfändung für eine ungültige Forderung, und ebenso auch dann, wenn das Pfandrecht bereits erloschen ist *q*). Die Wirkungen dieses Vertrages treten übrigens analog auch dann ein, wenn ein Pfandgläubiger auf andere Weise den Besitz der Pfandsache erhält, also bei der prätorischen missio in possessionem, und wenn der Hypothekargläubiger durch seine actio hypothecaria sich in den Besitz gesetzt hat; es finden daher dann die actio pignoratitia und contraria als utiles statt *r*); doch haftet der Pfandbesitzer in diesen Fällen nur für dolus und culpa lata, weil sich der Schuldner hier schon in mora befindet *s*).

c) Das depositum, und

d) alle sonst etwa denkbaren Verträge nach der Form do ut reddas in specie.

2) Die Obligationen aus der Führung fremder Geschäfte, oder dem Handeln für Andere ohne Lohn. Die hieher gehörigen Fälle erscheinen als Ausflüsse der Freundschaft, der Nächstenliebe, oder als Ausübung einer Kunst oder Wissenschaft zu Gunsten eines Andern, somit als Liberalitäten, und wenn dabei auch eine Belohnung oder Vergeltung vorkommt, so wird diese nicht

---

*q*) l. 9 pr. §. 4 l. 11 §. 2 l. 16 §. 1 l. 22 §. 2, 3, l. 32 D. de pign. act.

*r*) l. 32 pr. D. neg. gest. l. 11 §. 5 D. de pign. act.

*s*) l. 9 §. 2 D. de reb. auct. jud.

sowohl wie eine Gegenleistung, sondern nur wie ein Ausdruck der Dankbarkeit betrachtet; ihr Versprechen ist nicht Theil des Vertrages, sondern selbstständig für sich, und wird deßhalb nicht mit der Vertragsklage, sondern mit einer besondern persecutio durch extraordinaria cognitio geltend gemacht *t*), ein Unterschied, den unsere Praxis wegen der veränderten prozessualischen Verhältnisse gewöhnlich übersieht *u*). Daher kann eine Handlung, welche einen allgemeinen Marktpreis, Lohn, hat, nur wenn sie ganz unentgeltlich geleistet wird, Gegenstand eines Vertrages dieser Klasse werden; das Versprechen einer Vergeltung für sie begründet Miethe oder irgend einen unbenannten Vertrag *v*). Die Obligationen dieser Art sind daher an sich einseitige, und lassen nur wegen Verwendungen, Beschädigungen, Auslagen eine actio contraria zu. Demnach müßte auch nach der Regel der **l. 108 §. 12 D.** de leg. l. hier Derjenige, welcher für den Andern handelt, nur für dolus und culpa lata haften. Allein dies würde dem edlern Motive der Freundschaft und Nächstenliebe widersprechen, und so haftet hier der Handelnde dennoch für omnis culpa *w*), was nur dann eine Milderung erleidet, wenn die fremden Geschäfte mit eignen untrennbar verbunden, oder in Folge gesetzlicher Verpflichtung übernommen sind, indem hier der Handelnde nur zur diligentia quam suis rebus adhibere solet, verpflichtet ist *x*).

In diese Reihe der Obligationen sind aber zu stellen:

a) das mandatum, und

---

*t*) l. 6 pr. l. 7 l. 10 §. 9 l. 56 §. 3 D. mandati. l. 1 D. de extracogn.

*u*) Lauterbach, colleg. ad tit. mand. §. 15. Glück, B. 15 S. 291. Thibaut §. 520.

*v*) §. 14 J. mandato. l. 1 §. 4 D. eod.

*w*) Cicero pro Roscio Amer. c. 38, 39. l. 11 l. 13 l. 21 C. mandati. §. 1 J. de oblig. quasi ex contr.

*x*) l. 57 pr. D. de adm. tut.

b) demselben analog, als quasi ex contractu entstanden:

α) die negotiorum gestio, und

β) die Vormundschaftsführung. Wenn übrigens deßhalb Puchta die ganze Lehre von der Vormundschaft in das Obligationenrecht stellt, so ist dies wohl ebensowenig zu rechtfertigen, als wenn man die ganze Lehre von den Legaten in das Obligationenrecht stellen wollte, weil sie eine obligatio begründen. Es ist dies übrigens eine Folge davon, daß Puchta sein System nicht auf die Rechtsverhältnisse, sondern auf die Rechte und ihren Gegenstand gründet.

## §. 3.

III. Die wesentlich zweiseitigen Verträge. Dig. lib. XVII. tit. 2 — lib. XIX.

Die Vollendung des Vertragsbegriffes und deßhalb der Höhepunkt des Systems der selbstständigen Verträge bilden die wesentlich zweiseitigen, d. h. diejenigen, in deren Begriff es liegt, daß jeder der Contrahenten verpflichtet werde, und etwas leiste. Sie sind daher alle negotia bonae fidei, und erzeugen nur directae actiones, sowie deßhalb auch keiner der Contrahenten nur für dolus und culpa lata einsteht. Sie zerfallen übrigens selbst wieder in zwei mehrfach verschiedene Abtheilungen.

### 1. Forderungen aus einer Gemeinschaft.

Das Eigenthümliche dieser Reihe von Forderungen ist, daß sie ein gemeinschaftliches Verhältniß unter den Contrahenten begründen, welche den Inhalt des Vertrages bildet. Die einzelnen Leistungen, welche sich die Contrahenten zu machen haben, sind dabei nicht im Voraus bestimmt, und können es nicht seyn, indem sie sich erst aus dem Erfolge ergeben, den die Gemeinschaft in ihrer Dauer hat. Nur das Princip ist im Voraus festgestellt, nach welchem jener Erfolg beurtheilt werden, und auf die einzelnen Theilnehmer bezogen werden soll. Diese Stellung

der Einzelnen zur Gemeinschaft ist übrigens, wenn sie auch quantitativ sich unterscheidet, qualitativ völlig gleich, und deßhalb entspringt aus diesen Obligationen auch nur eine actio directa, welche von jedem in ganz gleicher Weise gegen den andern gebraucht werden kann, sey es als Klage oder Widerklage. Eine weitere Folge dieser Gemeinschaft ist es, daß jeder Theilnehmer, der für dieselbe handelt, in ungetrennter und untrennbarer Weise für seine eigenen Angelegenheiten und für die seiner Genossen handelt, woraus sich dann erklärt, daß er nur für die diligentia, quam suis rebus adhibere solet verantwortlich ist *y*). Der Grund hievon ist nämlich offenbar der, daß es unjuristisch seyn würde, Jemand gegen sich selbst zu einer besondern Achtsamkeit zu verpflichten, nicht aber der in §. 9 J. de soc. erwähnte Gedanke, daß man sich seinen socius selbst wählt, also mit ihm zufrieden seyn müsse; denn einerseits wählt man sich ja in der Regel bei allen Verträgen seinen Contrahenten selbst, andererseits findet bei der sogenannten communio incidens keine Wahl der Genossen statt. Jene Aeußerung in den Institutionen soll also nur zeigen, daß der aus andern Gründen nothwendige Satz auch in der Regel nicht im mindesten hart ist, geradeso wie auch die Kaiser bei der Klagenverjährung öfters auf die desidia und negligentia des Klägers hinweisen, obgleich das Institut seinen Grund nicht in dieser hat, sondern in den Bedürfnissen des Verkehrs und den Schranken menschlicher Rechtspflege *yy*).

Hieher gehören nun folgende Verhältnisse:

a) Der Gesellschaftsvertrag, societas, als der Normalfall dieser Klasse.

---

*y*) §. 9 J. de societ. l. 16 §. 4 l. 25 §. 16 D. fin. reg. l. 52 §. 2 l. 72 D. pro socio.

*yy*) Diese Klasse der Verträge bildet mithin den eigentlichen Sitz der Lehre von der sog. culpa in concreto, und wenn sie auch beim commodatum oder der negotiorum gestio bisweilen

b) Als eine ihm ähnliche Obligation quasi ex contractu die communio incidens nach ihren drei Unterarten der Gränzverwirrung, Gemeinschaft einer Erbschaft, oder eines dinglichen Rechts an einzelnen Sachen.

c) Die gemeinschaftliche Beschädigung durch den Seewurf nach der lex Rhodia de jactu. In den Quellen wird dieser Fall zwar nur als eine Modifikation der Miethe behandelt, indem die Eigenthümer der vernichteten Sachen gegen den Schiffer aus der locatio auf Ersatz klagen müssen, und dieser dann wieder von den Eigenthümern der geretteten Sachen die entsprechenden Antheile einzuklagen hat z). Allein das Verhältniß, nach welchem der Gesammtschade auf alle Betheiligten repartirt wird, ist offenbar ein der Societät ganz analoges. Die gleiche Gefahr, in welcher das Vermögen Aller schwebt, begründet unter ihnen eine Gemeinschaft, und es ist dieser ganz entsprechend, daß unsere Theorie und Praxis den Eigenthümern der vernichteten Sachen unmittelbar gegen die Eigenthümer der geretteten zu klagen gestattet *a*). Wenn man diese Klage condictio ex lege Rhodia de jactu nennt, so muß dabei jedenfalls das Wort condictio im weitern Sinne genommen werden; einfacher könnte man sie noch l. 1 §. 1 D. praescr. v. als eine actio pr. v. oder geradezu als eine actio pro socio utilis bezeichnen.

§. 4.

## 2. Verträge auf Austausch zweier bestimmter Gegenleistungen.

Der Normalfall dieser Klasse ihrem Begriffe nach ist offenbar der Tausch, und sie umfaßt sodann alle diejenigen Verträge, welche sich durch Combination der einzelnen Arten von Lei-

---

angewendet wird, so geschieht dies nur, wo diese eine Gemeinschaft des Interesse enthalten. — l. 18 pr. D. commodati.

z) l. 2 D. de lege Rhodia l. 1 §. 1 D. praescr. verb.

*a*) Glück B. 14 S. 232. Thibaut §. 641. Wening, III. §. 349.

stungen ergeben. Nehmen wir nun von diesen letztern hauptsächlich zwei an, Geben und Handeln, indem das praestare nur ein positiver Begriff des römischen Rechtes in Folge seiner engen Auffassung des dare ist, so ergeben sich hier die vier Combinationen, welche auch schon Paulus in l. 5 pr. D. praescr. v. aufgestellt hat, nämlich do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias, und es erscheinen sodann als species der ersten Combination der Kauf und der Tausch im eigentlichen Sinne, der ersten oder dritten aber die Miethe.

Durch die eigenthümlichen Grundsätze der Römer über die Klagbarkeit ist es aber gekommen, daß der Kauf als der Normalfall dieser Klasse von Verträgen erschien, und daß anfänglich neben ihm nur noch die Miethe hieher gehörte, indem alle übrigen Verträge der Art in zwei Stipulationen gefaßt werden mußten. Daher ist dem Kaufe ein ganzes Buch der Pandekten besonders gewidmet, das 18te, und sind darin jene Sätze ausführlich behandelt, welche bei demselben gerade deshalb hervortreten, weil er zwei bestimmte Gegenleistungen sich gegenüber stellt, wie z. B. der Einfluß des Irrthums, die in diem addictio, die lex commissoria, und die Lehre von dem periculum und commodum. Erst als die Klagbarkeit zweiseitiger pacta durch die actio praescr. verb. angenommen ward, entwickelte man jene vier allgemeinen Formen gegenseitiger Verträge, und hob ihre Analogie mit Kauf oder Miethe hervor *b*), woraus sich denn auch die Stellung der Pandektentitel de aestimatoria, de permutatione und praescr. verbis nach Kauf und Miethe erklärt.

Da nun heutzutage jene Grundsätze über die Klagbarkeit wegfallen, und damit auch die Scheidewand, welche zwischen Kauf und Miethe einerseits, und den übrigen gegenseitigen Verträgen andererseits bestand, so sind die aus

---

*b*) l. 1 pr. D. de aestim. l. 2 D. de permut. l. 5 l. 6 l. 13 §. 1 l. 16 pr. l. 22 D. praescr. v.

der Gegenseitigkeit des Kaufes, abgesehen von seinem besondern Inhalte, hervorgehenden Rechtssätze auch auf alle übrigen Verträge der Art anzuwenden. Die wichtigsten Wirkungen der Gegenseitigkeit an sich, ohne Rücksicht auf den besondern Inhalt eines jeden Vertrages dürften aber folgende seyn.

1) Bei diesen Verträgen kommen weder contrariae actiones, noch eine gemeinschaftliche für beide Contrahenten nach Voraussetzungen und Inhalt gleiche Klage vor, sondern jeder Contrahent hat eine selbstständige, besondere Klage, oder, um es in der Sprache der Quellen auszudrücken, es entstehen zwei actiones directae, von denen jede nach ihrem besondern Inhalte auch ihren besondern Namen hat, emti und venditi, locati und conducti. Bei den übrigen Verträgen dieser Art außer Kauf und Miethe führt die Klage zwar immer den gleichen Namen praescriptis verbis; aber dies ist ja bekanntlich nur die generelle Bezeichnung nach der Fassung der Formel, und eben die praescripta verba enthielten den jedesmaligen individuellen Inhalt der Forderung und Klage, nach welchem sie einen speciellen Namen erhalten konnte, und in den Quellen auch öfters erhält *c*), so daß der Ausbildung besonderer Benennungen bei uns nichts im Wege stand, als die Sitte unserer Praxis, die Klagen überhaupt nicht speziell zu benennen, sondern nur durch den Inhalt der Klagbitte zu bezeichnen.

2) Diese Verträge bezwecken in gleicher Weise das Interesse beider Contrahenten; darum haftet ein jeder derselben nach der Regel der l. 108 §. 12 D. de leg. 1 für omnis culpa *d*), und soferne er eine Sache giebt, für die Eviction und aus dem Edikte der Aedilen *e*).

3)

---

*c*) z. B. aestimatoria oder ex permutato.

*d*) l. 23 D. de R. J. l. 5 §. 2, 15 D. commod. l. 68 pr. D. de emt. l. 9 §. 5 l. 11 §. 2 l. 25 §. 3, 7 D. locati.

*e*) l. 1 §. 1 l. 2 D. de permut. l. 5 §. 2 D. praescr. v. l. 19 §. 5 D. de aed. ed.

3) Bei diesen Verträgen entsteht die Frage, ob zu ihrer Gültigkeit ein richtiges Werthverhältniß der beiden Gegenleistungen gehört? Bekanntlich ist dies zu verneinen, quia naturaliter concessum est, se invicem circumscribere *f*), und nur durch die l. 2 C. de rescr. vend. ist eine Modifikation dieser Regel begründet. Ueber den Umfang der aus dieser Constitution entwickelten Lehre von der laesio enormis wird gestritten; soviel ist aber klar, daß man dieselbe nur auf Verträge dieser Klasse anwenden kann, wenn man überhaupt von dem Wortlaute des Gesetzes abweichen will, wofür übrigens allerdings wichtige Gründe sprechen.

4) Bei diesen Verträgen entsteht ferner die Frage, ob einer der Contrahenten, und welcher, mit seiner Leistung den Anfang zu machen hat? Hierüber entscheidet natürlich zunächst die von den Parteien selbst getroffene Verabredung, sey sie nun eine ausdrückliche, wie bei unsern Dampfschiffen, Eisenbahnen, Posten, wo der Reisende vorausbezahlen muß, bei Herausgabe von Werken auf Pränumeration u. s. w. oder eine stillschweigende, wie z. B. wenn Verzinsung des Kaufpreises verabredet wird. Wo eine solche besondere Verabredung der Parteien fehlt, muß die Natur des Vertrages entscheiden, und hierüber herrschen unter unsern Juristen Meinungsverschiedenheiten, auf welche näher einzugehen außerhalb der Gränzen dieser Abhandlung liegt. Zweierlei ist aber hier denkbar; entweder muß nach der Natur des Vertrages der eine Contrahent zuerst leisten, wie dies nach der gemeinen und wohl auch richtigen Meinung bei der Miethe und den ihr ähnlichen Verträgen, z. B. dem receptum der Wirthe, den Vermiether der Sachen oder Dienste trifft, oder beide Contrahenten müssen zugleich, Zug um Zug, leisten, wie beim Kaufe *g*). Im

---

*f*) l. 16 §. 4 D. de minor. l. 22 §. 3 D. loc. cond.

*g*) Dies ist die gemeine und auch richtige Meinung. Dagegen

ersten Falle hat derjenige Contrahent, welcher die Vorleistung des andern verlangen kann, die Klage, auch ehe er selbst geleistet hat *h*), der andere Theil aber erst nach von seiner Seite erfolgter Leistung, und zwar schon nach strengem Rechte, so daß es hier im römischen Prozesse keiner exceptio bedurfte *i*). Im zweiten Falle dagegen, also wo die Leistungen Zug um Zug geschehen sollen, hat zwar strenge genommen jeder Contrahent sogleich nach perfektem Vertrage die Klage, aber es wäre doch offenbar unbillig, wenn er nicht selbst zugleich bereit wäre, zu leisten *k*), und es tritt daher seiner Klage, so lange er nicht seinerseits erfüllt hat, oder zur Erfüllung bereit ist, eine exceptio entgegen, welche heutzutage die exceptio non adimpleti contr. heißt. Bei den Römern gehört hieher lediglich der Kauf, weil er der einzige Vertrag ist, bei welchem die Leistungen zugleich geschehen müssen, und bei dem der bloße Consens die Perfektion giebt, weßhalb denn jene exceptio in den Quellen nur bei ihm vorkommt, und auf Seite des Käufers mercis non traditae, auf Seite des Verkäufers aber exceptio doli heißt *l*). Daß dasselbe auch vom Tausche gelten muß, seitdem er durch den Consens perfekt ist, geht aus der l. 21 C. de pactis klar hervor, und daher rechtfertigt sich die generelle Auffassung der sogen. exc. n. ad. contr. in unserer Theorie und Praxis. Offenbar kann sie aber nur bei denjenigen Verträgen dieser Klasse vorkommen, bei welchen, wie beim Kaufe, Zug um Zug geleistet werden muß. Schon bei den Verträgen, welche nach ihrer Natur oder besonderer Verabredung den einen Theil zur Vorleistung verpflichten,

---

will Schenk im Archiv B. 17 S. 114 ff. den Käufer zur Vorleistung verpflichten. s. dagegen Heerwart ib. B. 18 S. 339.

*h*) l. 24 §. 4 l. 60 D. locati. *i*) arg. l. 30 §. 3 D. locati.

*k*) l. 21 C. de pactis.

*l*) l. 25 D. E. V. l. 31 §. 8 l. 57 pr. D. de aed. ed. l. 5 §. 4 D. de exc. doli.

kann von dieser exceptio nach dem Obigen nicht die Rede seyn, wie sie denn auch in den Quellen bei der Miethe nicht erwähnt wird. Noch viel weniger aber greift sie bei den Forderungen aus einer Gemeinschaft, wie bei der Societät, Platz, und es ist nur eine Folge der irrigen Systeme, des Nichtunterscheidens zwischen Zweiseitigkeit und Gegenseitigkeit der Verträge, daß man über die Anwendbarkeit der exceptio bei der Societät oder den Grund ihrer Unanwendbarkeit zweifelte *m*). Jene exceptio trat beim Kaufe nicht schon deßhalb ein, weil er ein Consensualvertrag war, sondern nur, weil er auf wahre Gegenleistungen Zug um Zug gieng. Allerdings kann sie aber jedenfalls nur bei einem Consensualvertrage gedacht werden, und ihre Zulässigkeit verwandelt diesen auch nicht in einen Realvertrag, wie schon daraus hervorgeht, daß auch das Erbieten zur Leistung hinreicht, und daß der Verkäufer, wenn die Sache durch Zufall zu Grunde gieng, dennoch auf Bezahlung des Kaufpreises klagen kann. Ebenso unrichtig ist es daher, wenn Heerwart im civ. Archiv B. 18 S. 406 sagt, die Verabredung, daß der eine Theil zuerst leisten müsse, verwandle der Consensualvertrag in einen ungenannten Realvertrag; sonst hätte ja die Miethe, bei welcher gesetzlich, wie Heerwart selbst annimmt, der Vermiether vorleisten muß, immer ein Realvertrag seyn müssen.

5) Diese Verträge veranlassen endlich die Frage, welchen Einfluß die Unmöglichkeit der einen Leistung auf die andere hat? Wenn ein Contrahent die Erfüllung seiner Verbindlichkeit durch dolus oder culpa unmöglich macht, so haftet er dem andern Theile für den Ersatz des ihm hiedurch zugefügten Schadens, und er kann daher jedenfalls die Gegenleistung nicht verlangen, oder muß die bereits empfangene zurückerstatten, da sie jedenfalls als der unmittelbarste Theil jenes Schadens und seines Ersatzes erscheint.

---

*m*) vgl. hierüber meine Bemerkungen in Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung. 1838. S. 89—92.

Wenn dagegen die eine Leistung aus einem solchen Vertrage durch Zufall unmöglich wird, während die andere noch möglich, oder bereits gemacht ist, so kann zwar nach dem Grundsatze **periculum spectat ad creditorem** auf keinen Fall der Ersatz eines weiteren Schadens gefordert werden, aber dieser Grundsatz geht nicht so weit, daß derjenige Contrahent, dessen Leistung durch Zufall gehindert wird, nun auch seinen Anspruch auf Gegenleistung jedesmal behalten müßte. Hierüber gelten vielmehr besondere Grundsätze, welche sich wieder auf die bei der vorigen Frage angedeutete Unterscheidung stützen.

Ist der Vertrag ein solcher, daß die beiden Leistungen seiner Natur nach Zug um Zug geschehen müssen, so geht das Recht auf die Gegenleistung nicht verloren; es kann also die bereits empfangene behalten, die noch nicht empfangene eingeklagt werden. Die Gesetze sprechen dies zwar zunächst nur beim Kaufe aus *n*); allein dies ist kein Grund, den Satz auf den Kauf zu beschränken. Die Gesetze erwähnen dies nicht als eine Folge des besondern Inhaltes des Kaufvertrages oder als Singularität, sondern als Folge davon, daß er mit dem Consense zu gleichzeitiger Leistung verpflichtet. Der Grund der ausschließlichen Erwähnung jenes Satzes beim Kaufe ist mithin derselbe, wie für die beschränkte Erwähnung der sogenannten **exceptio mercis non traditae**. Demnach müssen wir jenen Satz auch auf den Tausch und ähnliche Verträge anwenden. Gewissermaßen haben dies auch die Gesetze selbst gethan, indem sie in solchen Fällen die **condictio c. d. c. n. s.** auf den Grund der Nichterfüllung ausschließen, und nur wegen Reue zulassen *o*), so daß Paulus in **l. 5 §. 1 D. praescr. verb.** vom Tausche so gut, wie vom Kaufe sagt, **periculo meo erit Stichus.** — Diese Sätze müssen übrigens

---

*n*) §. 3 J. de emt. l. 34 §. 6 D. eod. l. 7 pr. l. 8 pr. D. de periculo. l. 15 D. de jure dot. l. 6 C. de peric.

*o*) l. 3 §. 3 l. 5 pr. D. de cond. c. d.

auch dann gelten, wenn bei einem solchen Vertrage verabredet wurde, daß der eine Theil zuerst leiste, z. B. wenn dem Käufer gestattet wurde, vier Wochen nach der Tradition der Sache zu zahlen; denn hieraus darf ohne ausdrückliche Erklärung nicht gefolgert werden, daß der Verkäufer auch das periculum übernommen habe.

Ist dagegen der Vertrag ein solcher, daß seiner Natur nach der eine Contrahent zuerst leisten muß, so kommt es darauf an, ob ihm die Leistung, oder dem Gegentheile die Annahme unmöglich wird. Im ersten Falle verliert er sein Recht auf die Gegenleistung, muß also auch die bereits empfangene, die hier als wahre Pränumeration im rechtlichen Sinne erfolgte, zurückgeben *p*), im zweiten kann er die Gegenleistung fordern *q*). Auch diesen Satz sprechen die Gesetze zunächst nur für die Miethe aus, aber mit genereller Begründung, so daß hier dasselbe gilt, was vorhin vom Kaufe gesagt wurde. Auch hier treten übrigens keine andern Grundsätze ein, wenn nach spezieller Verabredung derjenige vorauszahlen muß, der nach der Natur des Vertrages die Vorleistung des Gegners verlangen könnte, wie z. B. bei Schauspielen, Posten, Eisenbahnen; unterbleibt also hier die Vorstellung oder Fahrt, so muß der Betrag des gelösten Billets zurückbezahlt werden, während keine Rückforderung stattfindet, wenn der Pränumerant an der Benützung seines Billets gehindert ward. Die Feststellung der Pränumeration hat ja hier nicht den Zweck, die Natur des Miethvertrages zu ändern, sondern nur die Anstalt, welche mit jedem ihr persönlich Unbekannten contrahirt, für die Gegenleistung sicher zu stellen.

---

*p*) l. 15 §. 6 l. 19 §. 6 l. 27 pr. l. 30 §. 1 D. locati. Eine Begünstigung genießen hier Advokaten, zwar nicht nach l. 38 §. 1 D. locati, welche nach dem Zusammenhang mit dem princ. auf den Fall der verhinderten Annahme zu beziehen ist, wohl aber nach einem Rescripte von Severus in l. 1 §. 13 D. de extr. cogn.

*q*) l. 19 §. 9 l. 38 pr. l. 61 §. 1 D. locati.

Demnach ist es für unsere Frage ganz gleichgültig, ob die Gegenleistung bereits gemacht ist, oder nicht, und eben so wenig hängt ihre Entscheidung davon ab, ob der Vertrag auf ein dare oder facere geht, worauf jetzt gewöhnlich alles gestellt wird r), sondern lediglich davon, ob der Vertrag seiner Natur nach zur gleichzeitigen Leistung verpflichtet, oder nicht. Es ließe sich in der That nicht einsehen, warum hier beim facere etwas anderes gelten sollte, als beim dare, und es müßte ein Vertrag, wobei ein dare und facere vorkäme, unauflösliche Schwierigkeit bieten, während es naturgemäß ist, daß derjenige, welcher die Vorleistung fordern kann, nichts leistet, so lange jene nicht erfolgt ist. Den besten Beweis hiefür liefern aber noch die Gesetze selbst, indem sie bei Verträgen auf ein facere, das keinen Marktpreis hat, die also nicht Miethe sind, sondern zu gleichzeitiger Leistung verpflichten, das Princip des Kaufes anwenden, wie vorhin erwähnt wurde s).

Was nun die einzelnen in diese Klasse gehörigen Verträge anlangt, so sind es folgende:

**I.** solche, bei denen die Leistungen zu gleicher Zeit Zug um Zug geschehen müssen:

1) der Kauf,
2) der Tausch,
3) alle sogenannten Innominatkontrakte, welche nicht der Miethe analog sind, also insbesondere die verschiedenen Assecuranzverträge unserer Zeit, der Verlagsvertrag rc.;

**II.** solche, nach deren Natur der eine Contrahent zur Vorleistung verpflichtet ist:

1) die Miethe und als Modifikation derselben der emphyteutikarische Vertrag t),

---

r) Z. B. Wening III §. 135.

s) l. 3 §. 3. l. 5 pr. D. de cond. c. d.

t) Vgl. C. III, tit. 65 u. 66.

2) das **receptum** der Schiffer und Wirthe,
3) der Trödelvertrag,
4) jeder ungenannte Vertrag nach Analogie der Miethe, d. h. bei dem für die Gebrauchsüberlassung oder die Lohndienste eine andere Vergütung gegeben wird als baar Geld.

## §. 5.

**IV.** Verträge, welche in der Eingehung zweiseitig in der Erfüllung aber einseitig sind — Glücksverträge.

In dem Systeme der Verträge, welches in dem 12ten bis 19ten Buche der Pandekten enthalten ist, finden sich die Glücksverträge, insbesondere Spiele und Wetten nicht; es geschieht ihrer vielmehr nur insoferne Erwähnung, als der Prätor über die bei Gelegenheit der Spiele begangenen Delikte edicirt hat *u*), und die gleiche Stellung findet sich auch im Codex, lib. **III.** tit. 43. — In der That scheint auch in der auf die Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit gebauten Classifikation der Verträge kein rechter Platz für die Glücksverträge zu seyn. Allein eine genauere Betrachtung wird das Gegentheil zeigen.

Glücksvertrag im weitern Sinne kann jeder Vertrag genannt werden, bei welchem das Recht des Promissars oder der Gegenstand desselben vom Zufalle abhängt, z. B. der Kauf eines Fischzugs, einer künftigen Erndte, der Hoffnung auf eine Erbschaft *v*). In diesem Sinne genommen bilden aber die Glücksverträge keine besondere Art der Verträge, sondern nur Modifikationen bekannter Verträge; so ist denn in den angegebenen Beispielen ein Kauf vorhanden, jetzt sogen. **emtio spei** oder **rei speratae**, und ähnlich läßt sich ein Tausch oder eine Schenkung denken. Hieher

---

*u*) **Dig. XI, 5. de aleator.**

*v*) **l. 8 §. 1 D. de contr. emt. l. 7. l. 11 D. de hered. vend.**

gehört auch die Modifikation des Darlehens, welche **nauticum foenus** heißt, und unsere Assecuranzverträge.

Wesentlich verschieden hievon sind die Glücksverträge im eigentlichen Sinne, d. h. diejenigen, bei welchen es von einem bestimmt bezeichneten, aber für die Contrahenten noch unentschiedenen, Umstande abhängig gemacht wird, welcher von ihnen einen bestimmten Gewinn machen soll, nämlich die Spiele und Wetten. Sie sind selbstständige besondere Arten der Verträge, nicht blos Modifikationen anderer Verträge, und fordern daher auch ihre eigene Stelle im Systeme. Ueber diese sind aber unsere Systematiker durchaus nicht einig. Während nämlich Thibaut §. 574 dieselben unter die unbestätigten **pacta** stellt, führt sie Mackeldey §. 442 als verbotene Verträge am Schlusse an; bei Heise und Wening III §. 206 stehen sie unter den wesentlich zweiseitigen Verträgen, und Mühlenbruch §. 425 und Stahl **l. c.** stellen sie unter der Rubrik Glücksverträge neben die nach andern Eintheilungsprincipien gebildeten Klassen. Daß hier fast überall die Anforderung des Systemes, Durchführung desselben Theilungsprincips verletzt ist, ist klar; deßhalb wohl übergeht sie Puchta in der Reihe der einzelnen Obligationen gänzlich, und erwähnt sie nur im allgemeinen Theile des Forderungsrechtes unter der Rubrik „Inhalt der Verträge" als gewagte Geschäfte *w*); allein dies ist wohl ganz richtig für die weitere Bedeutung des Glücksvertrages, während dem Spiele und der Wette ihre Stelle in der Reihe der Obligationen so gut gebührt, wie dem Kaufe oder dem Darlehen.

Diese Stelle dürfte sich denn auch nach dem Theilungsprincipe, dessen Durchführung in dieser Abhandlung versucht wird, leicht finden lassen. Die Spiele und Wetten sind nämlich in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber nur einseitig. Bei der Einge-

---

*w*) Puchta, Lehrbuch §. 248. Marezoll erwähnt sie überhaupt nicht.

hung des Vertrages verspricht jeder der Contrahenten dem andern eine Leistung; es wird aber dabei verabredet, daß nur die eine Leistung wirklich gemacht wird; welcher der beiden Contrahenten leisten muß, das hängt von dem bezeichneten für die Contrahenten noch ungewissen Umstande ab, und hierin gerade liegt das Aleatorische dieser Verträge. Zwar setzen sehr häufig beide Theile ihre Leistungen bei Eingehung des Vertrages schon wirklich aus, die dann Einsätze oder Aussätze heißen, aber der Gewinnende nimmt seinen Einsatz wieder zurück, hat also in der That nichts geleistet, und zieht den Einsatz des Verlierenden, der mithin allein leistet, und gerade dieses Resultat wird durch die Ausdrücke Gewinnen und Verlieren bezeichnet. Das vorausgehende Aussetzen hat also nur den Zweck der Sicherstellung des Gewinnenden, und wird vorzüglich durch die Klaglosigkeit eines Theils dieser Verträge oder dadurch veranlaßt, daß mit gänzlich Unbekannten gespielt wird. Scheinbar anders ist es bei den Lotterien oder Ausspielungen, indem hier der Gewinnende seinen Einsatz nicht zurückerhält; allein einmal erhält er ihn in dem Gewinnste, der sehr häufig geradezu nur als ein Vielfaches seines Einsatzes berechnet wird, doch wieder zurück, und sodann bleibt ja hier jene Einseitigkeit der Erfüllung in Bezug auf die übrigen Mitspielenden, welche nicht gewinnen.

Diese hier entwickelte Eigenthümlichkeit der Glücksverträge im eigentlichen Sinne geht nun aber aus dem hervor, was Stahl S. 155 ganz richtig als ihren Charakter bezeichnet, daß für sie im Verkehre kein Bedürfniß besteht. Sie sind weder für den Erwerb, noch für den Austausch, noch für die Erhaltung des Vermögens nothwendig, sondern führen nur dazu, den Einen mit dem Schaden des andern zu bereichern. Insoferne streiten sie denn auch mehr oder weniger contra bonos mores, und hierin liegt dann das Motiv für die Gesetzgebung, sie zu verbieten *x*).

---

*x*) l. 3 C. de aleat.

Fragen wir nun aber nach dem Motive, welches diese Verträge hervorruft, so kann es ein doppeltes seyn, und hierin liegt dann der Unterschied zwischen Spiel und Wette. Das Spiel wird um des Gewinnes willen getrieben; zwar concurriren auch hier noch andere Beweggründe, z. B. Unterhaltung, Uebung des Körpers oder Geistes, aber immer giebt der Gewinn dem Spiele seine eigentliche Bedeutung, und schon die Sprache des gemeinen Lebens schließt die Spiele, welche ohne allen Gewinn blos um der Unterhaltung willen getrieben werden, von dem eigentlichen Begriffe des Spieles aus. Die Wette dagegen wird nicht um des Gewinnes willen eingegangen, sondern ihr Motiv ist Rechthaberei bei einem Streite; der Gewinn soll nur ein Siegeszeichen seyn, und den Verlierenden gewissermaßen für sein grundloses Streiten züchtigen; dies zeigt sich auch deutlich darin, daß sehr häufig der Gewinnende den Gewinn nicht für sich behält, sondern ihn mit dem Verlierenden und den Zeugen verjubelt, um seine Siegesfreude zu genießen. Deßhalb hat die Wette immer einen besondern durch den vorausgegangenen Streit bestimmten Umstand als Entscheidungsmoment, und dieser Umstand kann in der Vergangenheit, Gegenwart oder Zukunft liegen; das Spiel dagegen ist nicht solcher individueller Natur, sondern der über den Gewinn entscheidende Umstand ist nach generellen Regeln für jede Art des Spieles festgesetzt, und liegt immer in der Zukunft. Daher ist denn auch die Wette mit e i n e r Entscheidung beendigt, das Spiel kann durch wiederholte Aussetzung des Gewinnes zur wiederholten Entscheidung in gleicher Art beliebig fortgesetzt werden. Ebendarum läßt sich auch eine Wette über ein Spiel denken, sey es nun, daß dritte Personen unter sich, oder mit einem der Spieler, oder diese selbst unter sich darüber wetten, welcher der Spieler gewinnen werde, sey es nun in der einzelnen Entscheidung, oder im Resultate mehrerer. Hieraus erklärt sich endlich noch, daß das Spiel an sich in der Regel verboten ist, die Wette dagegen nur dann, wenn sie darauf gerichtet

ist, daß etwas Verbotenes geschehen solle, also auch Wetten über verbotene Spiele *y*).

Fassen wir dies alles zusammen, um Spiel und Wette zu definiren, was von unsern Lehrbüchern gewöhnlich nicht geschieht, so ergeben sich folgende Begriffe. Spiel ist derjenige Vertrag, wodurch zwei oder mehrere Personen einen Gewinn festsetzen, welchen je nach der Entscheidung eines bestimmt bezeichneten zukünftigen ungewissen Umstandes der eine oder mehrere Contrahenten von den übrigen erhalten sollen. Wette aber ist der Vertrag, wornach zwei oder mehrere über eine bestimmte Behauptung streitende Personen einen Gewinn festsetzen, welchen derjenige von ihnen, der Recht hat, von den übrigen erhalten soll. Wenn Wening in den Begriff des Spieles aufnimmt, daß es eine Thätigkeit der Theilnehmer sey, so ist dies zu eng, weil es zwar in der Regel, aber nicht immer der Fall ist; es giebt vielmehr Spiele, wobei die Entscheidung nur durch die Thätigkeit des einen Spielers herbeigeführt wird, wie z. B. die Lotterie oder das Bankwürfeln, das Pharao, wobei nur der Bankhalter wirft oder die Karten abzieht, oder durch die Thätigkeit eines Dritten, z. B. wenn ein Privatmann eine Sache in der Art ausspielen läßt, daß der Gewinn auf diejenige Nummer fallen soll, welche in einer bestimmten Ziehung der Staatslotterie zuerst gezogen wird. Zwar setzen die Spieler selbst die Nummern, aber diese Thätigkeit gehört nicht zur Entscheidung, sondern ist nur die Verabredung des entscheidenden Umstandes, also die Erklärung des Consenses durch äußere Zeichen, die der Kürze wegen nothwendig ist. In der Definition von Mühlenbruch *z*) ist aber nicht hervorgehoben, daß der Gewinn

---

*y*) l. 3 D. de aleator. l. 17 §. 5 D. praescr. verb. l. 108 pr. l. 129 D. de V. O.

*z*) Er sagt: „Spiel ist die Handlung oder Unternehmung Mehrerer ohne eigentliches Geschäft, wobei Gewinn oder Verlust von einem noch ungewußten Ausgange abhängig gemacht wird.“

nur einseitig, nicht gemeinschaftlich ist, und sie könnte überdies Zweifel erregen, ob das Spiel ein wahrer Vertrag sey.

Durch diese Ausführungen dürfte die Behauptung gerechtfertigt seyn, Spiele und Wetten seyen in der Eingehung zweiseitige, in der Leistung aber einseitige Verträge, und damit ist denn auch ihre Stellung im Systeme begründet. Dieß wird aber auch noch bestätigt, wenn man einen Blick darauf wirft, wie diese Verträge bei den Römern eingegangen werden mußten, um klagbar zu seyn. Die Wette wurde durch Stipulation geschlossen, und heißt deßhalb sogar vorzugsweise sponsio, wie sich aus den oben citirten Gesetzen ergiebt; offenbar mußten aber zwei Stipulationen eingegangen werden, beide bedingt, aber die eine gerade unter der entgegengesetzten Bedingung der andern; demnach war es nothwendig, daß, wenn die Bedingung der einen Stipulation eintrat, die der andern wegfallen mußte, und so kam denn immer nur die eine zur Erfüllung. Vom Spiele muß dasselbe gelten. Zwar haben wir keine Gesetzesstelle, welche einer Spielstipulation erwähnt, allein dies erklärt sich sehr natürlich daraus, daß beim Spiele in der Regel sogleich baar gesetzt oder bezahlt wird, und es daher unnöthig ist, eine Klage zu begründen. Uebrigens wird in l. 1 C. de aleat. ausdrücklich von einer ἀπαίτησις gesprochen, was in der vulgata schlecht mit repetitio übersetzt ist, indem es nur petitio oder ablatio heißt, wie auch aus dem Gegensatze et solutum repetatur erhellt. Diese Klage kann nun aber nach den bekannten Grundsätzen des römischen Rechtes nur durch Stipulation begründet seyn, da das Spiel nirgends zu den Ausnahmsfällen gerechnet erscheint, in welchen ohne Stipulation eine Klage entsteht *a*). Demnach erscheinen denn Spiel und Wette auch im römischen Rechte als gegenseitige Stipulationen, von welchen in

---

*a*) Deßhalb hat denn auch Thibaut ganz Recht, wenn er in seinem Systeme Spiel und Wette unter die unbestätigten pacta stellt.

in Folge ihrer entgegengesetzten Bedingungen nur eine zur Erfüllung kommt.

### §. 6.

### B. Die accessorischen Verträge.

Der gemeinschaftliche Charakter der Verträge dieser Klasse besteht darin, daß sie eine vorhandene Verbindlichkeit voraussetzen, auf die sie sich beziehen, entweder um sie zu bestärken, also eine neue hinzuzufügen, oder um sie aufzuheben, sey es nun um eine andere an ihre Stelle zu setzen oder nicht. Deßhalb sind sie auch einseitige Verträge, und wurden bei den Römern durch Stipulation eingegangen, oder wenigstens ihr ganz analog, wie das constitutum. Daher gilt auch für sie die Regel accessorium sequitur principale, und sie sind wirkungslos, wenn die vorausgesetzte Hauptverbindlichkeit nicht existirt, und erlöschen mit ihr, wenn sie neben ihr bestanden. Nur der Vergleich weicht hievon seinem Begriffe und Zwecke nach ab, weil er gerade beabsichtigt, jede künftige Untersuchung über die Existenz oder Nichtexistenz eines behaupteten Rechtes abzuschneiden. Deßhalb ist er auch zweiseitig, und wurde nöthigenfalls in zwei Stipulationen gefaßt, oder mit der actio pr. v. klagbar. Seine accessorische Natur liegt aber darin, daß er eine Hauptverbindlichkeit wenigstens als behauptet und in ihrer Existenz zweifelhaft voraussetzt, und da die Nichtexistenz derselben unter den vergleichenden Parteien nicht mehr dargethan werden darf, so ist es zwar faktisch, nie aber rechtlich möglich, daß er ohne Principalrechtsverhältniß bestehe.

Die einzelnen accessorischen Verträge lassen sich aber in folgende Uebersicht bringen. Sie beziehen sich

I. entweder auf fremde Verbindlichkeiten; diese heißen Intercessionen, und wollen die fremde Schuld entweder

1) aufheben, privative Intercession, oder

2) bestärken und sichern, cumulative Intercession.

II. oder auf eigene Rechtsverhältnisse der Contrahenten,

1) um sie zu modificiren; Nebenverträge im engern Sinne.

2) um sie zu bestätigen, constitutum debiti proprii.

3) um sie aufzuheben, und zwar

a) um unbestrittene Verbindlichkeiten aufzuheben, sey es nun so, daß eine andere an ihre Stelle gesetzt wird, Novation, oder nicht, Nachlaßvertrag.

b) oder um einen Streit über ein Rechtsverhältniß zu beendigen, Vergleich. Dieses geschieht aber entweder so, daß die beiden Contrahenten selbst festsetzen, was geleistet oder anerkannt werden soll, Vergleich im engern Sinne, oder so, daß der eine der streitenden Theile es eidlich festsetzen soll, Schiedseid, oder endlich so, daß es durch einen oder mehrere unparteiische Dritte als Schiedsrichter festgesetzt werden soll, compromissum.

## §. 7.

Zum Schlusse mag es nun noch erlaubt seyn anzudeuten, welche Vortheile durch das hier entwickelte System der Verträge erreicht seyn dürften, da diese als eben so viele Unterstützungsgründe für dasselbe erscheinen müssen. Die Eintheilung der selbstständigen Verträge beruht auf einem einzigen durchgeführten Principe, der Rücksicht auf die Einseitigkeit oder Zweiseitigkeit, und entspricht somit der theoretischen Anforderung an ein System von der logischen Seite. Sie ruht aber auch fast ganz, jedenfalls mehr, als alle bisher aufgestellten Systeme, auf den Quellen, dies ist schon oben erwähnt worden, mag aber hier durch eine übersichtliche Zusammenstellung der einschlägigen Pandekten- und Codextitel dargethan werden.

I. Streng einseitige Verträge und Vertrags ähnliche Forderungen.

1) Darlehen. De rebus creditis et si certum petatur. D. XII, 1, C. IV, 1, 2.

2) Die Forderungen aus dem Haben ohne Grund.

a) condictio ob causam datorum. D. XII, 4. C. IV, 6.

b) ob turpem causam. D. XII, 5. C. IV, 7.
c) indebiti. D. XII, 6. C. IV, 5.
d) sine causa. D. XII, 7. C. IV, 9.
3) Die gesetzlichen Forderungen. Condictio ex lege. D. XIII, 2. C. IV, 9.

II. Die zufällig zweiseitigen Forderungen.
1) Verträge auf Rückgabe.
a) commodati vel contra. D. XIII, 6. C. IV, 23.
b) de pignor. act. vel contra. D. XIII, 7. C. IV, 24.
c) depositi vel contra. D. XVI, 2. C. IV, 34.
2) Geschäftsführung: mandati vel contra. D. XVII, 1. C. IV, 35, 36. —

III. Die wesentlich zweiseitigen Verträge.
1) auf Gemeinschaft gerichtet: pro socio. D. XVII, 2. C. IV, 37.
2) auf Gegenleistungen.
a) Kauf. D. XVIII, 1 bis XIX, 1. C. IV, 38 bis 63.
b) locati conducti. D. XIX, 2. C. IV, 65.
c) de jure emphyteut. D. XIX, 2. C. IV, 66.
d) de aestimatoria. D. XIX, 3. C. IV, 66.
e) de permutatione. D. XIX, 4. C. IV, 64.
f) praescr. verbis. D. XIX, 5. C. IV, 64.

Allerdings sind in dieser Anordnung nicht alle einzelnen Verträge enthalten, und es finden sich auch mehrmals ganz fremdartige Einschaltungen, wie namentlich zwischen der condictio ex lege und dem commodatum, und zwischen dem pignus und depositum; allein es treten doch in der genau übereinstimmenden und ebendarum nicht zufälligen, sondern dem prätorischen Edikte entnommenen Anordnung der Pandekten und des Codex unverkennbar die in dieser Abhandlung aufgestellten Hauptklassen hervor, und sind auch vollkommen unvermischt erhalten. Keine Species der einen Klasse ist in eine andere gestellt, und nur die Reihenfolge der einzelnen Species ist zum Theile abweichend.

Das hier aufgestellte System entspricht aber endlich auch dem praktischen Bedürfnisse; denn jede der einzelnen Klassen hat ihre besondern Eigenthümlichkeiten, und es wird durch sie für eine Reihe von Streitfragen des geltenden Rechtes das denselben zukommende Gebiet bezeichnet, insbesondere für die Bedeutung und den Umfang der actio contraria, für die Frage nach der Vorleistung, die exceptio non adimpleti contractus, den Einfluß des casus, die laesio enormis, die verschiedene Haftung für culpa. Namentlich geht hieraus aber auch hervor, daß in unserm heutigen Vertragsrechte durchaus keine Nöthigung liegt, den Unterschied zwischen negotiis stricti juris und bonae fidei als schlechthin aufgehoben zu betrachten, und es ist damit zugleich eine praktische Grundlage für die Untersuchung der Frage gegeben, in wie weit derselbe noch heutzutage gilt. Diese Untersuchung zu führen, und sodann eine ausführliche Darstellung des ganzen Obligationenrechtes zu geben, ist ein mir lieb gewordener Vorsatz, weil ich dies für ein gleich großes Bedürfniß unserer Theorie und Praxis halte. Aber ich wollte vorerst die Grundprincipien, von welchen ich ausgehen zu müssen glaube, und die ich in dieser und in der vorigen Abhandlung niedergelegt habe, der Prüfung Sachverständiger unterstellen, um die ich deshalb hiemit bitte.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

# Inhaltsverzeichniß.

I.

Seite

Ueber die Berechnung der quarta Falcidia, wenn ein und dieselbe Person mehrere Portionen derselben Erbschaft erhält . . . . . . . . . . . . . . 1—112

II.

Ueber Obligationen zwischen den durch väterliche Gewalt verbundenen Personen . . . . . . . . . . . 113—215

III.

Ueber die Klagbarkeit der Verträge nach römischem und deutschem Rechte . . . . . . . . . . . . . . . 216—301

IV.

Ueber die Aufstellung eines praktischen Systems der Verträge . . . . . . . . . . . . . . . . . . . . 302—336

## Druckfehler.

S. 58 Z. 8 von oben lies: „die Bestimmung" statt: „der". —
S. 59 not. k. Z. 7 lies: „den" statt: „dem". —
S. 60 Z. 23 lies: „fordern" statt: „forden". —
S. 62 Z. 10 lies: „quia" statt: „qui". —
S. 76 Z. 31 lies: „Der" statt: „Fer". —
S. 85 Z. 28 lies: „180" statt: „280". —
S. 90 Z. 7 lies: „der" statt: „dem". —
S. 99 Z. 6 ist nach: „müsse" hinzuzusetzen: „war wieder bestritten". —
„ Z. 28 lies: „eique" statt: „eiqui". —
S. 100 Z. 27 lies: „sic" statt: „sis". —
S. 101 Z. 27 lies: „patrimonii" statt: „parimonii". —
S. 102 Z. 14 vor „enim" ist einzuschalten: „licet". —
S. 104 not. t. Z. 1 lies: „9" statt „g". —
S. 105 Z. 23 lies: „imputandum" statt: „imputantum". —
S. 110 Z. 34 lies: „Personen" statt: „Portionen". —
S. 111 Z. 23 lies: „Imola" statt: „Imsla". —
S. 116 Z. 15 lies: „Widersacher" statt: „Wiedersacher". —
S. 125 not. Z. 4 lies „andere" statt: „andern". —
S. 137 Z. 25 lies: „quicquam" statt: „quisquam". —
S. 149 Z. 4 lies: „deßhalb" statt: „deßsalb. —
„ Z. 15 lies: „profecticium" statt: „profiticium". —
S. 159 Z. 4 lies: „obligatio" statt: „obligatione". —
S. 193 not. Z. 4 lies: „für die" statt: „die". —
S. 195 Z. 24 lies: „Siglen" statt: „Sigler".
S. 202 Z. 12 lies: „remuneratorische" statt: „remunetorische". —
S. 216 Z. 7 lies: „nationale" statt: „rationale". —
S. 117 not. Z. 3 lies: „der" statt: „die". —
S. 230 Z. 8 von unten lies: „trans-" statt: „tran-". —
S. 235 Z. 3 „ „ lies: „id actum" statt: idactum". —
S. 246 Z. 5 von oben lies: „numeratio" statt „unmeratio". —
S. 255 Z. 3 „ „ lies: „discontinue" statt „disontinue". —
S. 266 Z. 15 von unten lies: „oder" statt: „odet". —
S. 278 Z. 6 von oben lies: „Theils" statt: „theil". —

Bleistiftstriche

114. 21. 24. 31–36. 257. 299.

138. 139. 141. 154. 161. 162. 202. 255. 256.

D. Kno

Bayerische StaatsBibliothek

Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Pfordten, Ludwig <<von der>>,

Abhandlungen aus dem Pandekten-Rechte

Erlangen 1840

J.rom.m. 397 h

urn:nbn:de:bvb:12-bsb10567013-9